

WYROK
z dnia 3 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 26 i 29 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lipca 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum: 1. DGP Security Partner sp. z o.o., ul. Jesionowa 9A, 40-159 Katowice; 2. DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica; 3. Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC spółka z o.o., ul. Gdyńska 54, 61-016 Poznań; 4. DERSŁAW sp. z o.o., ul. Rusczańska 24, 28-230 Połaniec; 5. Przedsiębiorstwo Usługowe "TOMBOR" C. T. J. T. s.j., ul. Zbożowa 38, 40-657 Katowice; 6. "U.P.G." spółka z o.o., ul. Zbożowa 38, 40-657 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **TAURON Polska Energia S.A., ul. Ks. Piotra Ściegiennego 3, 40-114 Katowice**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum: 1. Impel Security Polska sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-11 Wrocław; 2. Impel Provider Security Partner sp. z o.o. sp.k., ul. Ślężna 118, 53-11 Wrocław; 3. Impel Cash Solutions sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-11 Wrocław; 4. Impel Monitoring sp. z o.o. sp.k., ul. Ślężna 118, 53-11 Wrocław; 5. Gwarant Agencja Ochrony S.A., ul. Józefa Cygana 2, 45-131 Opole,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: 1. DGP Security Partner sp. z o.o., ul. Jesionowa 9A, 40-159 Katowice; 2. DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny**

1

5e, 59-220 Legnica; 3. Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC spółka z o.o., ul. Gdyńska 54, 61-016 Poznań; 4. DERSŁAW sp. z o.o., ul. Rusczańska 24, 28-230 Połaniec; 5. Przedsiębiorstwo Usługowe "TOMBOR" C. T. J. T. s.j., ul. Zbożowa 38, 40-657 Katowice; 6. "U.P.G." spółka z o.o., ul. Zbożowa 38, 40-657 Katowice, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum: 1. DGP Security Partner sp. z o.o., ul. Jesionowa 9A, 40-159 Katowice; 2. DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica; 3. Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC spółka z o.o., ul. Gdyńska 54, 61-016 Poznań; 4. DERSŁAW sp. z o.o., ul. Rusczańska 24, 28-230 Połaniec; 5. Przedsiębiorstwo Usługowe "TOMBOR" C. T. J. T. s.j., ul. Zbożowa 38, 40-657 Katowice; 6. "U.P.G." spółka z o.o., ul. Zbożowa 38, 40-657 Katowice – tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: 1. DGP Security Partner sp. z o.o., ul. Jesionowa 9A, 40-159 Katowice; 2. DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica; 3. Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC spółka z o.o., ul. Gdyńska 54, 61-016 Poznań; 4. DERSŁAW sp. z o.o., ul. Rusczańska 24, 28-230 Połaniec; 5. Przedsiębiorstwo Usługowe "TOMBOR" C. T. J. T. s.j., ul. Zbożowa 38, 40-657 Katowice; 6. "U.P.G." spółka z o.o., ul. Zbożowa 38, 40-657 Katowice na rzecz zamawiającego: TAURON Polska Energia S.A., ul. Ks. Piotra Ściegiennego 3, 40-114 Katowice kwotę 3 600 zł 00 gr**

(słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione – tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

2

Sygn. akt KIO 1222/16

Uzasadnienie

Zamawiający – TAURON Polska Energia S.A. z siedzibą w Katowicach – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na usługi pn.: „Całodobowa ochrona majątku Spółek Grupy Tauron”, 2016/TPE/TPE/00976/G, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z dnia 26 marca 2016 r., nr 2016/S 061-106056, wartość zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Odwolujący – Konsorcjum: 1. DGP Security Partner sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, 2. DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, 3. Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu, 4. DERSŁAW sp. z o.o. z siedzibą w Poławcu, 5. Przedsiębiorstwo Usługowe "TOMBOR" C. T. J. T. s.j. z siedzibą w Katowicach, 6. "U.P.G." spółka z o.o. z siedzibą w Katowicach – wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego – podjętych w zakresie części I, II i III zamówienia, polegających na:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: Impel Security Polska sp. z o.o., Impel Provider Security Partner sp. z o.o. sp.k., Impel Monitoring sp. z o.o. sp.k., Impel Cash Solutions sp. z o.o., Gwarant Agencja Ochrony S.A. (dalej jako: „Impel”) w zakresie części I, II, III,
- 2) zaniechaniu odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Impel w trybie art. 90 ust. 1 Pzp i w trybie art. 87 ust. 1 Pzp w zakresie części I i II, w tym także samego uzasadnienia tego utajnienia,
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty Impel, mimo że zawiera ona cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia dla części I i (ewentualnie) II,
- 4) zaniechaniu wezwania Impel do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w zakresie części II i III.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniu, Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów:

- 1) art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwanej dalej u.z.n.k) oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez błędną ocenę skuteczności zastrzeżenia przez Impel jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień

3

-
- złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp i art. 87 ust. 1 Pzp (odpowiednio dla części I i II), polegającą w szczególności na przyjęciu, że wyjaśnienia te podlegają utajnieniu, mimo że wykonawca nie wykazał, że zastrzegane przez niego informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, oraz nieuzasadnione utajnienie tych dokumentów, w tym także samego uzasadnienia takiego zastrzeżenia;
 - 2) naruszenie art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Impel w sytuacji, gdy wykonawca złożył ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Impel, mimo

że oferta ta zawiera rażąco niską cenę (dla części I i ewentualnie – tj. w razie przyjęcia, że wezwanie z dnia 27 czerwca 2016 r. stanowiło wezwanie z art. 90 ust. 1 Pzp także dla części II),

- 3) art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Impel wobec tego, że z samej treści wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wynika, że cena ofertowa wykonawcy jest rażąco niska; Zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 90 ust. 3 Pzp jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, mimo że nie obalił on domniemania, że cena oferty jest rażąco niska;
- 4) art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 7 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie wezwania Impel – dla zadania II i III – do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w sytuacji, gdy z uwagi na dysproporcję pomiędzy ceną ofertową tego wykonawcy a wartością szacunkową zamówienia, a także pomiędzy cenami jednostkowymi zaoferowanymi przez tego wykonawcę a cenami jednostkowymi zaoferowanymi przez pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak również z uwagi na specyfikę samego zamówienia i wysokość ceny jednostkowej za „Świadczenie usług ochrony przez kwalifikowanego pracownika ochrony z legitymacją osoby dopuszczonej do posiadania broni zatrudnionego na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy” po stronie Zamawiającego winno było zrodzić się podejrzenie, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co prowadzi jednocześnie do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu;
- 5) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Impel w zakresie części I, II i III i nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w tym:

4

-
- 2) odtajnienia całości lub w odpowiedniej części wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Impel w trybie art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Pzp w zakresie części I i II (w tym uzasadnienia zastrzeżenia);
 - 3) wezwanie Konsorcjum Impel do złożenia wyjaśnień z art. 90 ust. 1 Pzp dla części II i III;
 - 4) odrzucenie oferty Konsorcjum Impel w zakresie części I, II i III oraz, w konsekwencji, wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Uzasadnienie zarzutów.

Część I – a) Tajemnica przedsiębiorstwa

Zamawiający pismem z dnia 9 czerwca 2016 r. wezwał Impel do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w zakresie części I, oraz 27 czerwca 2016 r. do złożenia wyjaśnień w trybie 87 ust. 1 Pzp (realność wyliczonej przez Impel stawki usługi za pracownika kwalifikowanego ochrony z legitymacją osoby dopuszczonej do posiadania broni, zatrudnionego na podstawie umowy o pracę) w zakresie części II.

Konsorcjum Impel zastrzegło w całości wyjaśnienia w zakresie części I i II jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zastrzeżenia, co do zasady, zostały przez Zamawiającego uznane za skuteczne, gdyż w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie wyjaśnień, Odwołujący otrzymał jedynie informację, że treść wyjaśnień wraz z dowodami stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Impel w rozumieniu u.z.n.k.

Skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa – uchwała SN z 21 października 2005 r., III CZP 74/05.

Odwołujący przyjął, że badanie nie zostało przeprowadzone, skoro Zamawiający w sposób bezkrytyczny uznał, że całość wyjaśnień złożonych przez Impel stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Po pierwsze, nie stanowi tajemnicy zastrzeżenie treści samego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa (Odwołujący zakłada, że takie uzasadnienie Impel zawarł w wyjaśnieniach, gdyż nie został by spełniony wymóg formalny z art. 8 ust. 3 Pzp, co skutkowałoby koniecznością udostępnienia Odwołującemu całości wyjaśnień). Więc ten dokument/element wyjaśnień Impel winien zostać udostępniony Odwołującemu (wyrok z dnia 11 maja 2015 r., sygn. akt KIO 863/15).

Po drugie, jeśli uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Impel jest

ogólnikowe, polega na powtórzeniu stanowisk sądów powszechnych i Krajowej Izby Odwoławczej przyjąć należy, że Impel nie wykazał, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (wyroki z dnia 17 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1161/15 i z dnia 10 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1185/15 i nast.).

W sytuacji, gdy wykonawca nie przedstawi stosownych dowodów na to, że dane informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, informacje te nie mogą być wyłączone

5

z udostępnienia wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Odwoływającego, tak może być w tej sprawie, tj. Impel składając zastrzeżenie tajemnicy mógł poprzestać na ogólnikowym zapewnieniu, że podejmuje odpowiednie kroki ku temu, by zachować w poufności informacje przekazywane, jednak okoliczności tej nie wykazał stosownymi dowodami.

Nadto, jeśli w istocie same wyjaśnienia ceny są ogólnikowe, trudno przyjąć by miały one – i to w całości – walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Bezwzględna treść art. 11 ust. 4 uznk wymaga łącznego spełnienia trzech warunków, by informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa – informacja: -ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą; -nie została ujawniona do wiadomości publicznej; -podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Zamawiający powinien zweryfikować, czy wykonawca wykazał spełnienie względem danej informacji każdego z ww. wymagań. Można jedynie zakładać, w przypadku Impel, że taka sytuacja nie miała miejsca (wyrok z dnia 7 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2184/14, KIO 2185/14). Jeżeli nie wszystkie zastrzegane przez Impel informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający powinien rozważyć konieczność udostępnienia chociaż części wskazanych dokumentów. Nie jest możliwe przyjęcie automatyzmu polegającego na stwierdzeniu, że każde wyjaśnienia z art. 90 ust. 1 Pzp zawsze i w całości mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa (wyrok z 18 stycznia 2012 r., KIO 59/12). Dokument nie musi, a czasami wręcz nie może podlegać zastrzeżeniu w całości, lecz tylko w określonej części. Możliwość weryfikacji wyjaśnień – wyrok KIO z 4 marca 2011 r., KIO 322/11. Sam fakt, że zastrzegana informacja zawiera nazwę kontrahenta wykonawcy, wysokość cen i kosztów składających się na oferowane wynagrodzenie, z góry nie oznacza, że posiada ona wartość gospodarczą, a przez to walor tajemnicy przedsiębiorstwa – uprawniony pogląd w świetle orzecznictwa KIO, m.in. wyroki KIO: z dnia 27 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2710/12; z dnia 22 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1384/14.

W związku z tym, że Odwoływający nie posiada wglądu do treści złożonych wyjaśnień, wskazał, że nawet jeśli obiektywnie informacje zastrzegane przez Impel mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, niemniej wobec nie wykazania przez wykonawcę w sposób dostateczny, że tak jest w tej sprawie, informacje te nie mogą podlegać ochronie.

Możliwość wyłączenia jawności postępowania istnieje w sytuacjach zupełnie wyjątkowych i tylko i wyłącznie w uzasadnionych przypadkach przewidzianych w przepisach Pzp. Możliwość ta nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco, bowiem zasada jawności postępowania jest zasadą nadrzędną i wyjątki od niej, zarówno w kontekście faktów, jak i prawa, nie mogą być interpretowane tak, aby prowadziło to do jej ograniczenia.

6

b) Rażąco niska cena. Stosownie do art. 90 ust. 3 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Art. 90 ust. 2 Pzp przerzucił ciężar dowodu w zakresie rażąco niskiej ceny z zamawiającego na wykonawcę (wyroki KIO: z dnia 25 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1561/14, 1577/14; z dnia 13 października 2014 r., sygn. akt 2031/14).

Odwoływający nie ma wiedzy odnośnie treści złożonych przez Impet wyjaśnień, niemniej zarzuca, że wyjaśnienia złożone przez Impel są nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne, w tym – ze względu na poziom ich ogólności – odnoszą się nie tylko do postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, ale i do innych postępowań, w których Impel bierze udział, wobec czego Zamawiający nie był uprawniony przyjąć na ich podstawie, że zaoferowana przez wykonawcę w tym postępowaniu cena ma charakter rynkowy.

Odwołujący nie może wskazać konkretnych przykładów potwierdzających ogólność złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień. Niemniej wskazał, że od Impel oczekiwać należało przedstawienia szczegółowych kalkulacji ceny ofertowej – cen jednostkowych, popartej dowodami wskazującymi na rynkowy charakter kosztów ujętych w tej kalkulacji i poprawność założeń przyjętych na potrzeby jej dokonania. Samo rozbieżenie ceny ofertowej na kilka składowych, niepokazujące mechanizmu i uzasadnienia dla takiego poziomu kosztów, nie spełnia wymogów stawianych wyjaśnieniom z art. 90 ust. 1 Pzp wskazanych na wstępie.

Nie jest także wystarczające przedstawienie przez wykonawcę ogólnej informacji, przykładowo o realizowanych kontraktach na rzecz innych zamawiających, o cenach oferowanych w innych postępowaniach. Każdy z tych elementów – jeśli znalazły się w wyjaśnieniach wykonawcy – powinien zostać przełożony na konkretną wartość liczbową, tj. na wysokość oszczędności, jakie z tego tytułu udało się osiągnąć wykonawcy.

Jeżeli w wyjaśnieniach Impel brak szczegółowych informacji na temat ponoszonych przez niego kosztów, w tym dowodów na poprawność przyjętych w wyjaśnieniach wartości (np. w postaci ofert dostawców materiałów, umów z podwykonawcami, itp.), wyjaśnienia te pozostają wyjaśnieniami lakonicznymi, a wykonawca ten nie podołał spoczywającemu na nim, po myśli art. 90 ust. 2 Pzp, ciężarowi dowodu.

Dowodem na poprawność wyliczeń kosztów wykonania zamówienia nie mogą być także ceny oferowane zamawiającemu w latach poprzednich, skoro zamawiający obecnie zmienił wymogi SIWZ, m.in. wprowadzając w większym zakresie obowiązki zatrudniania pracowników na podstawie umowy o pracę.

Wykonawcy biorący udział w tym postępowaniu nie powinni zakładać możliwości uzyskania częściowego zwrotu kosztów z PFRON, gdyż niezwykle rzadko się zdarza by osoby z kwalifikacjami posiadały orzeczenie o niepełnosprawności. Ubiegając się o wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony należy dostarczyć lekarzowi

7

przeprowadzającemu badanie oświadczenie, że nie jest się osobą niepełnosprawną lub posiadającą orzeczenie o inwalidztwie lub niezdolności do pracy.

Reasumując, Odwołujący podniósł, że Impel nie znajduje się w wyjątkowo korzystnej sytuacji, która uzasadniałaby zaoferowanie aż tak niskiej ceny ofertowej, np. oceniając to względem Odwołującego.

Odwołujący i Impel należą do grupy kapitałowej. Każda ze spółek korzysta z efektu skali, dokonując wspólnych zakupów, korzystając ze wspólnych ubezpieczeń, środków kredytowych itd. Każda ze spółek ma dobrą znajomość rynku lokalnego, jak i zamówienia realizowanego na rzecz Zamawiającego.

Nadto, szereg kosztów, jakie wykonawcy biorący udział w postępowaniu będą musieli ponieść wynika wprost z opisów SIWZ i obowiązujących przepisów prawa (koszty zatrudnienia) i wykonawcy nie mają możliwości poczynienia w tym zakresie zbyt daleko idących oszczędności.

Należałoby w związku z tym postawić pytanie, co w istocie różnicuje sytuację wykonawców, jak okoliczność ta przekłada się na koszty realizacji zamówienia i – co najważniejsze – czy istnienie tej przewagi konkurencyjnej Impel względem Odwołującego (i innych wykonawców), zostało w wyjaśnieniach odpowiednio wykazane.

Odwołujący zarzucił, że tak się nie stało, bowiem Impel – poza wskazaniem kilku ogólnie opisanych okoliczności sprzyjających obniżeniu kosztów realizacji zamówienia i przedstawieniu najpewniej uproszczonej kalkulacji ceny ofertowej – w zasadzie nie przedstawił żadnych konkretnych dowodów potwierdzających poprawność swoich założeń.

Uprzedzając ewentualną argumentację, Odwołujący wskazał dodatkowo, że na gruncie art. 90 ust. 1 Pzp nie ma obowiązku wielokrotności wyjaśnień ceny danego wykonawcy. Kolejne wezwanie może więc służyć jedynie doprecyzowaniu złożonych wyjaśnień, czy też wyjaśnieniu niejasności, jakie powstały na tle złożonych przez wykonawcę w „pierwotnych” wyjaśnieniach dokumentów, stanowisk. W tej sprawie wykonawcy nie skorzystali z możliwości złożenia odpowiednich wyjaśnień, a co za tym idzie, w tej sytuacji, nie sposób znaleźć uzasadnienia dla kierowania do nich kolejnego, uzupełniającego wezwania. Takie wezwanie służyłoby wyłącznie obejściu dyspozycji art. 90 ust. 3 Pzp. Innymi słowy, ponowne wezwanie winno służyć doprecyzowaniu wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, nie może zaś stanowić, wobec sankcji z art. 90 ust. 3 Pzp, czynności sanującej bierność wykonawcy na etapie składania pierwotnych wyjaśnień, tj. bierność w wyjaśnieniu podstawowych okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Kolejno Odwołujący zarzucił, że w świetle art. 90 ust. 2 Pzp, to na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania, że jego cena nie jest rażąco niska – ma charakter rynkowy.

Odwołujący, chcąc uprawdopodobnić stawiane przez siebie zarzuty, nie znając treści wyjaśnień Impel, wskazał, że niedoszacowanie kosztów wykonania przez Impel zamówienia

8

dotyczy w zasadzie wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego wykonawcy, w szczególności zaś pozycji związanych z zatrudnieniem kwalifikowanego pracownika ochrony, w tym pracownika ochrony posiadającego pozwolenie na broń oraz posiadającego pozwolenie na broń i zatrudnionego na podstawie umowy o pracę, oraz niekwalifikowanego pracownika ochrony.

Co do kosztów zatrudnienia pracownika niekwalifikowanego Odwołujący przedstawił, jak kształtują się koszty zatrudnienia takiego pracownika na podstawie umowy cywilno-prawnej (Wariant A) oraz na podstawie umowy o pracę, ale posiadającego II stopień niepełnosprawności (Wariant B).

Są to najkorzystniejsze „formy” zatrudnienia osób do realizacji zamówienia, przy czym wyłączona została możliwość zatrudnienia pracownika ze stopniem specjalnym niepełnosprawności (znacznym) z uwagi na specyfikę usługi.

Wariant A – Kalkulacja pracownika niekwalifikowanego przy założeniu zatrudnienia pracownika na podstawie umowy cywilno-prawnej – stawka finałowa dla klienta 9,45 zł.

Wariant B – Kalkulacja pracownika niekwalifikowanego przy założeniu zatrudnienia pracownika na podstawie umowy o pracę posiadającego niepełnosprawność II stopnia – stawka finałowa dla klienta 9,55 zł.

W przypadku Impel stawka ta wynosi 8,64 zł.

Co do kosztów pracownika kwalifikowanego założenie zatrudnienia na podstawie umowy cywilno-prawnej) – stawka finałowa dla klienta wynosi 14,69 zł. Stawka Impel wynosi 11,44 zł.

Koszty zatrudnienia pracownika kwalifikowanego z bronią są wyższe niż koszty zatrudnienia pracownika kwalifikowanego bez uprawnień dot. broni, gdyż taki pracownik jest z zasady wyżej wynagradzany od pracownika kwalifikowanego bez legitymacji osoby dopuszczonej do posiadania broni. W tym zakresie aktualność zachowują także powołane poniżej dla zadania II i III argumenty dot. kosztów zatrudnienia takiego pracownika na podstawie umowy o pracę.

Ceny Impel za zatrudnienie tych dwóch „rodzajów” pracowników nie przekraczają nawet kosztów zatrudnienia pracownika kwalifikowanego bez dodatkowych uprawnień i to na podstawie umowy cywilno-prawnej.

W świetle powyższego cena ofertowa Impet jest rażąco niska.

Część II W zakresie części II Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy Impel do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Ceny ofert złożonych dla części II kształtują się następująco: 1. Impel 30 363 705,21 zł; 2. Konsorcjum DGP Security Partner Sp. z o.o. (Odwołujący) 37 112 657,16 zł; 3. Wykonawca Era 37 880 532,28 zł; 4. Wykonawca SOLID 59 484 443,28 zł.

9

Cena ofertowa Impel nie była niższa od wartości szacunkowej zamówienia, ani średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert o więcej niż 30% – różnica ta wynosiła odpowiednio 27,99% do wartości szacunkowej zamówienia oraz 26,33% do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Kwotowo różnica pomiędzy ceną ofertową Impel a Odwołującego wynosiła ponad 6 700 000 zł, gdy tymczasem druga i trzecia cena w tzw. rankingu ofert różniły się między sobą o ok. 760 000 zł.

Ta sytuacja, w ocenie Odwołującego, obligowała Zamawiającego do wezwania Impel do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp – wyroki KIO: z dnia 6 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 148/15; z dnia 23 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2831/14; z dnia 5 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1604/15.

Okoliczności postępowania dowodzą, że cena oferty Impel powinna była wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do jej rynkowego charakteru nie tylko z uwagi na wskazane na wstępie różnice cenowe, ale także z uwagi na sposób wyceny przez

wykonawcę jednej z najistotniejszych pozycji kosztowych (ceny jednostkowej istotnie wpływającej na cenę całkowitą oferty Impel) – „Świadczenie usług ochrony przez kwalifikowanego pracownika ochrony z legitymacją osoby dopuszczonej do posiadania broni zatrudnionego na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy”.

W części II Impel wycenił tę cenę jednostkową na poziomie 15,54 zł netto/rbg (inne firmy: DGP - 20,75 zł, ERA - 20,74 zł, SOLID - 30,20 zł, tj. poniżej rzeczywistych kosztów wykonania tego zakresu.

Zamawiający wymagał zgodnie z opisami umowy (§ 6 ust. 2 pkt 14): „W niżej wymienionych obiektach o obowiązkowej ochronie tj. zadaniu 2: Elektrowni Jaworzno III oraz Elektrowni Łagisza, zadaniu 3: Elektrowni Łaziska, Zakładzie Wytwarzania Katowice, Zakładzie Wytwarzania Tychy, Zakładzie Wytwarzania Bielsko-Biała (Elektrociepłowni Bielsko EC-1) i Zakładzie Wytwarzania Bielsko-Biała (Elektrociepłowni Bielsko-Północ EC-2) oraz w zadaniu 4: Elektrowni Siersza, Elektrowni Stalowa Wola, Zakładzie Górniczym Sobieski, Zakładzie Górniczym Janina oraz Zakładzie Górniczym Brzeszcze 1 Wykonawca zobowiązany jest zatrudniać na umowę o pracę w wymiarze pełnego etatu wszystkich kwalifikowanych pracowników ochrony z legitymacją osoby dopuszczonej do posiadania broni. Odmowa bądź uchylenie się Wykonawcy od obowiązku zatrudniania pracowników na umowę o pracę w wymiarze pełnego etatu, o których mowa w zdaniu poprzednim uprawnia Zamawiającego do naliczenia kary umownej zgodnie z § 17.”

Zamawiający, odpowiadając na pytanie nr 14 i 18, potwierdził, że od ww. wymogu nie odstąpi. Wykonawca, do realizacji usługi zgodnie z wytycznymi Zamawiającego zawartymi w dokumentacji przetargowej, musi posiadać minimum: 128 pracowników zatrudnionych na UP w pełnym wymiarze czasu pracy.

10

Impel musiał więc ująć we wskazanej cenie jednostkowej koszt zatrudnienia 128 pracowników co najmniej na poziomie minimalnego wynagrodzenia – na rok 2016 jest to kwota 1 850 zł brutto/etat.

W rzeczywistości – ze względu na rodzaj obiektów i fakt, że pracownicy posiadający dopuszczenie do broni mają wyższe oczekiwania płacowe – utrzymanie minimalnego wynagrodzenia jest na tych obiektach nierealne.

Jednak przy założeniu wynagrodzenia pracowników na poziomie wynagrodzenia minimalnego, wszystkie koszty zatrudnienia wykonawcy wynoszą 345 368,69 zł. W świetle SIWZ łącznie liczba godzin dla pracowników kwalifikowanych z dopuszczeniem do posiadania broni zatrudnionych na umowę o pracę to 21 532 rbg. W uzupełnieniu przedstawionego zestawienia kosztów Odwołujący dodał, że przedstawione wynagrodzenia nie zakładają dodatków funkcyjnych dla dwóch Kierowników Ochrony oraz dla 8 dowódców zmiany (obowiązkowo takie koszty wystąpią, wykonawca ma obowiązek wyznaczyć dowódcę zmiany – wiąże się to z dodatkiem funkcyjnym). W wyliczeniu zostało natomiast ujęte wynagrodzenie za godziny nocne na poziomie 7065 rbg. Dodatek ten wynosi 20% stawki godzinowej wynikającej z minimalnego wynagrodzenia za pracę. Koszt ten jest, w ocenie Odwołującego, niemożliwy do pominięcia. Wyliczenie obejmuje też koszty pracy w nadgodzinach na poziomie 28 godzin średniomiesięcznie (nadgodziny wynikają z obsady posterunków i rzeczywistego zapotrzebowania zamawiającego – średniomiesięcznie jest do wypracowania 21 532 rbg). Ten kosztów również nie jest możliwy do uniknięcia.

Odwołujący w wyliczeniu kosztu uwzględnił także składkę na Zakładowy Fundusz Świadczeń Socjalnych; także koszt ekwiwalentu za pranie oraz koszty urlopów i rezerwy chorobowej. Kalkulując cenę jednostkową, o której mowa, należało także uwzględnić inne koszty zgodnie z przedstawionym zestawieniem. Konieczność poniesienia ww. kosztów wynika wprost z opisów SIWZ oraz/lub z obowiązujących przepisów prawa, przy czym Odwołujący na potrzeby ww. wyliczeń przyjął minimalne koszty rynkowe (ustalone na podstawie ofert dostawców, własnego rozeznania). Wyliczenie to nie zawiera kosztów takich jak: koszty administracyjne, wydziałowe, zysk wykonawcy, koszty związane z zawarciem polisy dedykowanej do kontraktu, koszty związane ze składką na zabezpieczenie i wadium, kosztów koordynatora wymaganego przez Zamawiającego (a co za tym idzie kosztu sprzętu, samochodu dla niego), które to koszty wykonawca również powinien uwzględnić w cenie ofertowej. Poziom niedoszacowania wskazanej ceny ofertowej jest więc istotny i wykonawca nie ma możliwości pokryć tych kosztów z innych przychodów z innych cen jednostkowych.

Pozostałe ceny jednostkowe Impel również zostały bowiem wycenione na relatywnie niskim poziomie (poziom nie gwarantujący osiągnięcia wysokich zysków). Nadto niemożliwa

byłaby do zaakceptowania taka sytuacja, gdyby bezpośrednie koszty wykonania pozycji, o której mowa wykonawca ujmował w innych cenach ofertowych.

11

Kolejno Odwołujący wskazał, że Zamawiający wezwał Impel – w trybie art. 87 ust. 1 Pzp – do złożenia wyjaśnień odnośnie sposobu wyceny ceny jednostkowej, o której mowa powyżej. Tego typu wezwanie nie może jednak zastąpić wezwania z art. 90 ust. 1 Pzp, należałoby postawić pytanie, czy w ramach tego wyjaśnienia Impel rzeczywiście wyjaśnił i wykazał realność zaoferowanej ceny, w tym fakt ujęcia w niej wszystkich wymienionych powyżej kosztów na poziomie rynkowym oraz czy Zamawiający w istocie wyjaśnienia te ocenił, skoro otrzymał je po wyborze najkorzystniejszej oferty.

Brak udostępnienia ww. dokumentu, ze względów opisanych w zarzutach odnoszących się do części I, nie był zasadny (w szczególności Odwołujący wskazał, że mogło być tak, że Impel nie zawarł zastrzeżenia wskazanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, względnie nie wykazał, że zastrzeżenie to jest zasadne, tj. że są spełnione wymogi, by informacje te traktować jako tajemnicę przedsiębiorstwa, choćby z uwagi na ich ogólnikowość, lakoniczność).

Niezależnie jednak od powyższego zarzutu, Odwołujący wskazał, że nie sposób przyjąć, by wyjaśnienia wykonawcy Impel mogły wyeliminować wątpliwości Zamawiającego co do rażąco niskiego charakteru ceny ofertowej Impel.

Z ostrożności procesowej, tj. na wypadek przyjęcia, że wezwanie skierowane do Impel w dniu 27 czerwca 2016 r., było w istocie wezwaniem z art. 90 ust. 1 Pzp (ze skutkami wynikającymi z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp), Odwołujący sformułował także zarzut ewentualny dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Impel na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp z argumentacją powyższą.

Część III W zakresie części III, Odwołujący zarzucił, że Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy Impel do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

W zakresie tego zarzutu aktualność zachowuje argumentacja Odwołującego zawarta w zakresie części II, z poniższymi zastrzeżeniami.

Ceny ofert dla części III kształtują się następująco: 1. Impel 36 603 946,86 zł;
2. Konsorcjum DGP Security Partner Sp. z o.o. (Odwołujący) 38 244 943,02 zł;
3. Wykonawca Era 38 593 612,59 zł; 4. Wykonawca Ekotrade 45 723 456,03 zł;
5. Wykonawca SOLID 68 137 119,36 zł.

Cena ofertowa Impel nie była niższa od wartości szacunkowej zamówienia, ani średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert o więcej niż 30% – różnica ta wynosiła odpowiednio 19,16% do wartości szacunkowej zamówienia oraz 19,48% do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Kwotowo różnica pomiędzy ceną ofertową Impel a Odwołującego wynosiła ok 1 600 000 zł, gdy tymczasem druga i trzecia cena w tzw. rankingu ofert różniły się między sobą o ok. 348 000 zł.

12

Także w tym przypadku Impel na bardzo niskim poziomie wycenił koszt „Świadczenie usług ochrony przez kwalifikowanego pracownika ochrony z legitymacją osoby dopuszczonej do posiadania broni zatrudnionego na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy”.

Cena jednostkowa za ten zakres w ofercie Impel wynosi 16,98 zł netto/rbg (inne firmy: DGP 19,64 zł, ERA - 20,30 zł Ekotrade - 22,34. SOLID - 30,70 zł) i nie pokrywa kosztów wykonania tej pozycji. I tak:

Zgodnie z opisami umowy oraz załącznikiem nr 1 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, w części III postępowania, wymóg zatrudnienia na umowę o pracę miał zostać zachowany dla następujących obiektów: Elektrociepłownia Czechowice – dokładnie Tauron Ciepło Sp. z o.o. – Zakład Wytwarzania Bielsko-Biała/Elektrociepłownia Bielsko-Biała Północ (EC-2) – 3088 rbg średniomiesięcznie; Elektrociepłownia Bielsko-Biała (dokładnie Tauron Ciepło Sp. z o.o. – Zakład Wytwarzania Bielsko-Biała /Elektrociepłownia Bielsko (EC-1) – 3340 rbg średniomiesięcznie; Elektrociepłownia Łaziska – 5966 rbg średniomiesięcznie; Tauron Ciepło – Zakład Wytwarzania Tychy – 4548 rbg średniomiesięcznie; Tauron Ciepło – Zakład Wytwarzania Katowice – 6008 rbg średniomiesięcznie.

Łącznie liczba godzin dla pracowników kwalifikowanych z dopuszczeniem do posiadania broni zatrudnionych na UP to: 22 950 rbg

Wykonawca do realizacji usługi, zgodnie z wytycznymi Zamawiającego zawartymi w dokumentacji przetargowej, musi posiadać minimum: 136 pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy.

Zgodnie z systematyką przyjętą dla części II, w tym z uwzględnieniem uwag poczynionych dla tej części, koszt wykonania pozycji, o której mowa, kształtuje się następująco:

Przychód planowany firmy Impel $16,98 \times 22950 = 389\,691,00$ zł.

Wyliczenie to nie zawiera kosztów takich jak: koszty administracyjne, wydziałowe, zysk Wykonawcy, koszty związane z zawarciem polisy dedykowanej do kontraktu, koszty związane ze składką na zabezpieczenie i wadium, kosztów koordynatora wymaganego przez Zamawiającego (a co za tym idzie kosztu sprzętu, samochodu dla niego), które to koszty wykonawca również powinien uwzględnić w cenie ofertowej.

Poziom niedoszacowania wskazanej ceny ofertowej jest więc istotny i wykonawca nie ma możliwości pokryć tych kosztów z innych przychodów z innych cen jednostkowych. Pozostałe ceny jednostkowe Impel również zostały wycenione na relatywnie niskim poziomie (poziom niegwarantujący osiągania wysokich zysków). Nadto niemożliwa byłaby do zaakceptowania taka sytuacja, gdyby bezpośrednie koszty wykonania pozycji, o której mowa, wykonawca ujmował w innych cenach ofertowych.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł jak na wstępie.

13

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości z uwagi na jego całkowitą bezzasadność – podniesione w nim zarzuty są chybione i nie zostały przez Odwołującego udowodnione, zaś Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty IMPEL, zgodnie z przepisami Pzp;
2. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Z uwagi na to, że odpowiedź w punkcie 2.14. zawiera informacje dotyczące Przystępującego, które zostały przez niego objęte tajemnicą przedsiębiorstwa na poprzednim etapie postępowania (informacje zawarte w wyjaśnieniach IMPEL, udzielonych wskutek wezwania Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp), na podstawie § 8 ust. 3 r. rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, wniósł o nieudostępnianie Odwołującemu treści zawartej w ww. punkcie w ramach postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą (dalej: „KIO”). W wyniku udostępnienia ww. części ujawnione zostałyby informacje stanowiące tajemnicę ustawowo chronioną, tj. tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego.

Uzasadnienie stanowiska

1. Bezzasadność zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa

1.1. Za całkowicie nieuzasadniony uznał zarzut oparty na naruszeniu art. 8 ust. 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”), do którego miało rzekomo dojść przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, złożonych przez IMPEL na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 Pzp, w tym uzasadnienia utajnienia.

1.2. Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wykonawca zastrzegł je jako prawnie chronione. Tajemnica przedsiębiorstwa winna być rozumiana zgodnie z art. 11 ust. 4 uznk. W myśl tego przepisu, za tajemnicę przedsiębiorstwa uważa się „nieujawnione do informacji publicznej informacje techniczne, technologiczne i organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności”. Definicję tajemnicy przedsiębiorstwa sformułowano przez określenia negatywne – tj. nie uznaje się za tajemnicę przedsiębiorstwa – informacji ujawnionych do wiadomości publicznej, informacji powszechnie znanych oraz takich, co do których przedsiębiorca nie podjął niezbędnych działań w celu zachowania ich w poufności (Tak w Komentarzu do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pod red. Katnera, Legalis, 2015, definicja za A. Michalakiem).

1.3. Otrzymując zastrzeżenie jakiegokolwiek informacji na jakimkolwiek etapie postępowania jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający każdorazowo musi zbadać

i przeanalizować, czy objęta tajemnicą informacja spełnia konieczne warunki zastosowania przepisów art. 8 Pzp i 11 uznk. Badaniu podlega zatem:

- a) czy zastrzeżona informacja ma charakter techniczny, technologiczny, lub inną wartość organizacyjny przedsiębiorstwa stanowi informację posiadającą gospodarczą identyfikowalną, której ujawnienie mogłoby narazić przedsiębiorcę na straty,
- b) kolejno – czy informacja ta jest możliwa do uzyskania w normalnym toku proceduralnym – czyli każdy może taką informację pozyskać, gdy podejmie stosowne kroki w tym kierunku,
- c) i wreszcie czy przedsiębiorca, który obejmuje tajemnicą te informacje poczynił starania celem zachowania ich w poufności.

Wbrew chybnym twierdzeniom Odwołującego, badanie takie zostało przez Zamawiającego przeprowadzone. Konsekwentnie Zamawiający podjął decyzję o utrzymaniu przekazanych przez IMPEL wyjaśnień dotyczących oferowanych cen w poufności (wraz z uzasadnieniem co do ich charakteru, które stanowiło integralną część przekazanych wyjaśnień), w oparciu o ich wnikliwą analizę na gruncie obowiązujących przepisów prawa. W kontekście powyższego, nie sposób zgodzić się z głoszoną tezą Odwołującego o tym, że Zamawiający bezkrytycznie przesądził, że wyjaśnienia IMPEL mogły podlegać utajnieniu.

1.4. Niezrozumiałe jest przy tym wywodzenie przez Odwołującego stanowczych tez co do skuteczności utajnienia wyjaśnień Przystępującego w zakresie ceny oraz uzasadnienia do przedmiotowego utajnienia, skoro ani ww. wyjaśnienia, ani owo uzasadnienie nie zostały innym wykonawcom udostępnione. Równie bezprzedmiotowe pozostaje przywołane przez Odwołującego orzecznictwo.

1.5. Zamawiający zapoznawszy się zarówno z uzasadnieniem do objęcia wyjaśnień w zakresie ceny, jak i samymi wyjaśnieniami nie miał wątpliwości, że zawierają one informacje prezentujące wartość gospodarczą, nieujawnione przez Przystępującego do wiadomości publicznej, co do których Przystępujący podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Spełnione zatem zostały wszystkie elementy, o których mówi art. 11 ust. 4 uznk, aby uznać, że ww. wyjaśnienia obejmują informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu tego przepisu.

1.6. W szczególności, Zamawiający miał na względzie, że przekazane przez IMPEL wyjaśnienia zawierają konkretne obliczenia, zastosowane upusty, marże oraz koszty, których ujawnienie mogłoby w sposób oczywisty narazić wykonawcę IMPEL na starty, a pośrednio zawierały również i koncepcję co do sposobu realizacji zamówienia. Pozyskanie tego rodzaju danych przez konkurentów Przystępującego (a do takich należy Odwołujący) dawałoby im przewagę na rynku przedmiotowych usług. Z tych też względów jest zrozumiałe, że te szczegółowe wyliczenia dotyczące ceny zostały przez IMPEL objęte tajemnicą. Ze względu na prowadzoną działalność Odwołujący jest z oczywistych względów zainteresowany

pozyskaniem tych informacji nie tylko po to, aby zweryfikować prawidłowość działań Zamawiającego, czy też ocenić rynkowość ceny Przystępującego, ale również po to, by zyskać przewagę konkurencyjną w przyszłych przetargach.

1.7. Jak wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie, różny jest rodzaj chronionych przez art. 11 ust. 4 uznk wiadomości; jedne mają charakter techniczny, inne technologiczny, ale są i takie, które obejmują pewne informacje istotne z punktu widzenia organizacji przedsiębiorstwa jako takiego (jego struktury, sposób kalkulacji cen, zabezpieczenia danych itp.).

1.8. Zasadność objęcia przedmiotowych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa znajduje również potwierdzenie m.in. w wyroku KIO z dnia 1 czerwca 2012 r., gdzie Izba podniosła, że „Szczegółowy opis sposobu kalkulacji ceny oferty stanowi istotną dla przedsiębiorcy informację o wartości gospodarczej ze względu na zachowanie konkurencyjności firmy na danym rynku. W złożonych wyjaśnieniach zawarto szczegółowy opis elementów składowych ceny oraz sposobu jej kalkulacji z uwzględnieniem m.in. kosztów bezpośrednich, kosztów pośrednich, kosztów administracyjnych i operacyjnych, a także marginesu zysku. Powyższe informacje nie są dostępne powszechnie, a dostęp do nich, jak wyjaśnił wykonawca, jest objęty skuteczną ochroną” KIO 995/12.

1.9. Dlatego też powszechną i nie budzącą wątpliwości praktyką w sytuacjach tego

rodzaju jest utajnianie wyjaśnień w sprawie ceny oferty. Wyjaśnienia w sprawie ceny, w których ciężar dowodowy leży po stronie wykonawcy, wymagają od niego niejednokrotnie ujawnienia i pokazania zamawiającemu szczegółowych aspektów dotyczących obliczenia ceny, nie wymaganych w ramach składania oferty. Cena korzystna i konkurencyjna w skomplikowanych, złożonych i dużych przetargach zwykle opiera się na wieloletnich doświadczeniach w realizacji podobnych projektów, unikalnym know-how, wypracowanym w relacjach handlowych i biznesowych z podwykonawcami, współpracownikami, czy umiejętności skutecznego optymalizowania biznesowego, widocznego w takich wyjaśnieniach, czy ceny. Ich ujawnienie te obliczeniach pokazałoby konkurencji wypracowane sposoby. Wartość gospodarcza takich informacji jest niewątpliwa.

1.10. W kontekście powyższego, przedsiębiorcy każdorazowo podejmują kroki celem ograniczenia kręgu osób, które mają dostęp do takich informacji. Deklarację w takim zakresie w swoich wyjaśnieniach złożył również wykonawca IMPEL. Powyższe znajduje uzasadnienie w orzecznictwie, w tym m.in. w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 9 czerwca 2006 r., UZP/ZO/0-1625/06, w którym stwierdza się m.in.: „Żaden (...) podmiot działający na rynku konkurencyjnym nie ujawnia szczegółów dotyczących stosowanej przez siebie marży, w związku z czym spełnione są dwie przesłanki uznania tego rodzaju informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, a mianowicie nieujawnienie do wiadomości publicznej oraz fakt, że informacja odnosi się do organizacji przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie zakazu ujawniania

16

wymienionych informacji w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego należy potraktować jako spełnienie trzeciej przesłanki uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa tj. podjęcie przez przedsiębiorcę działań niezbędnych do zachowania jej poufności.”

1.11. Zamawiający wskazał również, że nieujawnienie uzasadnienia do wyjaśnień IMPEL jest nierozłącznie związane z ich treścią, zatem ich utajnienie ma takie samo uzasadnienie jak utajnienie samych wyjaśnień co do ceny.

Skoro więc Zamawiający uznał, że informacje zastrzeżone przez wykonawcę IMPEL podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa, to nie mógł nie przyznać takiego charakteru wyjaśnieniom uzasadniającym to utajnienie, które były ściśle z nimi związane.

1.12. Wobec powyższego zarzut dotyczący dokonania przez Zamawiającego rzekomej błędnej oceny skuteczności zastrzeżenia przez IMPEL jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny, złożonych przez IMPEL w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 Pzp, jest chybiony.

2. Bezzasadność zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny

Odwolujący całkowicie niezasadnie zarzucił Zamawiającemu, że ten nie odrzucił oferty IMPEL w części I zamówienia mimo tego, że zawiera ona rażąco niską cenę. Zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie z następujących przyczyn:

2.1. Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, w przypadku gdy cena oferty wykonawcy wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi 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 elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

2.2. W przypadku, w którym cena oferty jest o 30% niższa od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert zamawiający, bez względu na to, czy ma wątpliwości do jej rynkowości czy nie, jest zobowiązany do wezwania wykonawcy do złożenia takich wyjaśnień, a na wykonawcy leży obowiązek wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

2.3. Jeżeli wykonawca, mimo wezwania zamawiającego, nie złoży wyjaśnień lub dokonana przez zamawiającego ocena tych wyjaśnień (wraz z dostarczonymi dowodami) potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, oferta podlega odrzuceniu. Wobec powyższego na wykonawcy leży obowiązek złożenia odpowiednich wyjaśnień, a na zamawiającym – ich oceny, czy nie potwierdzają zaoferowania rażąco niskiej ceny.

2.4. Pzp nie wskazuje jednak, ani nie narzuca żadnego sposobu wykazania, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska. Brak jest w przepisach Pzp jakichkolwiek

17

wskazówek co do treści takich wyjaśnień, czy dowodów jakie muszą czy powinny być do nich dołączone. W orzecznictwie wskazuje się, że wyjaśnienia te powinny być adekwatne do przedmiotu sprawy oraz na tyle konkretne, „*aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodność*” (wyrok KIO z dnia 16.07.2015 r., KIO 1375/15; KIO 1391/15). Wobec tego, w zależności od przedmiotu zamówienia, jego specyfiki, elementów mających wpływ na cenę oferty, wyjaśnienia będą się od siebie różnić i nie ma jednego, prawidłowego wzorca, z którego można w tym zakresie skorzystać. Jak potwierdził Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 13 marca 2012 r. „*Aktualnie nie istnieją w obowiązującym porządku prawnym (w szczególności w regulacji ustawy – Prawa zamówień publicznych) sztywne kryteria, jakie winny być spełnione, aby wyjaśnienia udzielone przez wykonawców na zapytanie zamawiającego uznane zostały za wystarczające. Stąd oczywistym jest, że ich ocena dokonywana będzie w każdym konkretnym przypadku przez zamawiającego, a treść takich wyjaśnień musi być postrzegana przez pryzmat treści zapytania*” (XII Ga 73/12).

2.5. Nie można też z góry zakładać, że każde takie wyjaśnienia powinny być podparte dowodami pozyskanymi z zewnątrz, od podmiotów trzecich. W orzecznictwie podnosi się, że potrzeba taka może zaistnieć wtedy, gdy cena w dużej części składa się z elementów pozyskiwanych przez wykonawcę od podwykonawców. Jak wskazała KIO w orzeczeniu z dnia 7 czerwca 2016 r. „*Wraz z wyjaśnieniami wykonawca może złożyć dowód adekwatny do konkretnej sytuacji, który wymaga oceny przez zamawiającego. W niektórych sytuacjach - zwłaszcza biorąc pod uwagę charakter przedmiotu zamówienia - dowody, które można określić jako "zewnątrzne" mogą okazać się niezbędne. Powyższe będzie mogło mieć zastosowanie, jeżeli mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia, gdzie jego zasadnicza część (zakres) muszą zostać zakupione przez wykonawcę zamówienia od innych podmiotów (zakup określonych materiałów, produktów czy też wykonanie określonych usług poza przedsiębiorstwem wykonawcy*” (KIO 880/16).

2.6. Wobec tego, jeśli oferowana przez wykonawcę cena składa się przede wszystkim z elementów, o których wartości decyduje głównie wykonawca, to wystarczające będą tzw. dowody wewnętrzne, pochodzące od wykonawcy, w tym złożone przez niego oświadczenia, wyczerpania, czy też założenia przedstawiające sposób kalkulacji ceny. Jak wskazała KIO w jednym z wyroków: „*(...) jeżeli przedmiot zamówienia nie wymaga szczególnych zakupów, czy dokonywania zleceń wykonywania określonych prac podwykonawcom, wyjaśnienia uzasadnione dowodowo mogą sprowadzać się do przedstawienia przez wykonawcę właściwych własnych i szczegółowych kalkulacji kosztów, związanych z wytworzeniem określonych przez wykonawcę produktów*” (wyrok KIO z dnia 17.07.2015 r., KIO 1410/15).

2.7. W świetle powyższego należy przyjąć, że takie „wewnętrzne dowody” powinny być zupełnie wystarczające także w przypadku wyjaśniania ceny oferowanych przez

18

wykonawcę usług, świadczonych przez jego pracowników czy współpracowników. Cena ta zależy bowiem głównie od wynagrodzeń osób świadczących te usługi, o czym decyduje przede wszystkim sam wykonawca.

2.8. Dodatkowym utrudnieniem dla wykonawcy w zakresie składanych wyjaśnień jest brak definicji pojęcia „rażąca cena”. W tym zakresie wykonawcy mogą posilkować się jedynie doktryną i orzecznictwem, z których wynika, że jest to cena nierynkowa, niewiarygodna, nieadekwatna do zakresu prac, nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień czy wskazująca na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia (wyrok KIO z dnia 27 lipca 2015 r., KIO 1463/15; KIO 1466/15; KIO 1476/15; wyrok z 6 czerwca 2012 r., KIO 1078/12).

2.9. Zamawiający podkreślił, że oceniając realność i rynkowość ceny bierze się pod uwagę przede wszystkim jej finalną wysokość a nie wysokość poszczególnych elementów, które się na nią składają. Dlatego też występowanie różnicy pomiędzy tylko niektórymi elementami cenotwórczymi samo w sobie nie może prowadzić do wniosku o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny, gdyż jest to zjawisko naturalne na konkurencyjnym rynku. O rażąco niskiej cenie zadecyduje nierealność ceny, za którą wykonawca zamierza zrealizować całe zamówienie. Jak stwierdziła KIO w wyroku z dnia 12 stycznia 2009 r. (KIO/UZP 1594/09): „*Przedmiotem rażąco niskiej ceny może być tylko oferta, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Chodzi bowiem o odniesienie ceny do całego przedmiotu zamówienia nie zaś do niektórych tylko pozycji. Oceniając tylko jeden element oferty, zamawiający nie może odrzucić oferty, bowiem art. 89 ust 1 pkt 4 Prawa zamówień*

publicznych stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś o rażąco niskiej cenie części oferty. Choćby nawet sama cena części oferty mogła być uznana za rażąco niską, to żadną miarą nie czyni to rażąco niską cenę całej oferty. Oferta zawierająca niższe ceny jednostkowe w stosunku do innych ofert nie jest dowodem, iż jej złożenie stanowi utrudnienie dostępu do rynku innym wykonawcom i że ceny zostały podane poniżej kosztów wytworzenia. Istotą zamówienia publicznego jest konkurowanie wykonawców na rynku i składanie przez nich ofert z zamiarem wygrania zamówienia”.

2.10. W tej sprawie Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny co do części I zamówienia, z uwagi na to, że była ona niższa o więcej niż 30% zarówno od wartości zamówienia, jak i średniej arytmetycznej wszystkich ofert (cena oferty Przystępującego była o 32,83% niższa od wartości zamówienia oraz 31,45% od średniej arytmetycznej wszystkich ofert).

2.11. Przystępujący, zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, złożył w wymaganym terminie wyjaśnienia, które w ocenie Zamawiającego w jasny, wyczerpujący i spójny sposób potwierdziły, że oferowana przez niego cena jest realna, rynkowa i w żadnym stopniu nie nosi znamion ceny rażąco niskiej.

19

2.12. W wyjaśnieniach tych Przystępujący odniósł się do wszystkich elementów cenotwórczych oferty oraz przedstawił dowody zawierające szczegółowe kalkulacje składających się na nią elementów. Przystępujący wskazał:

- a) ile osób zamierza zaangażować do świadczenia usług ochrony przy realizacji I części zamówienia i na jakiej podstawie będą one świadczyć pracę,
- b) elementy wyposażenia, jakie ujął w cenie oferty,
- c) składniki wynagrodzenia pracowników i współpracowników ze szczegółowym podziałem na elementy mające na nie wpływ,
- d) koszty pozostałych elementów cenotwórczych z rozbiem na poszczególne elementy składające się na ich finalną wysokość.

2.13. Zamawiający podkreślił, że wskazując na poszczególne elementy cenotwórcze IMPEL wyodrębnił w nich też marżę, co potwierdza rentowność i realność oferowanej przez niego ceny oraz to, że nie jest ona ceną poniżej kosztów realizacji zamówienia.

2.14. Przystępujący przedstawił także dodatkowe czynniki i okoliczności, które umożliwiły mu złożenie oferty korzystniejszej niż inni wykonawcy. Są to, m.in. (...) – tajemnica przedsiębiorstwa.

2.15. Zamawiający wyraził przekonanie, że wskazane przez IMPEL okoliczności mające wpływ na korzystność ceny oferty IMPEL były wiarygodne i przekonywujące a przedstawione dowody – adekwatne do przedmiotu zamówienia.

2.16. Zamawiający zauważył, że część I zamówienia, jak zresztą wszystkie pozostałe, dotyczy usług ochrony, których wykonywanie opiera się w przeważającym zakresie na czynniku ludzkim. Do ich realizacji niezbędne są przede wszystkim odpowiednie zasoby osobowe, w tym przypadku kwalifikowani, jak i niekwalifikowani pracownicy ochrony. Z tego względu to właśnie koszty wykonywania przez te osoby pracy stanowiły główny czynnik cenotwórczy w ramach zamówienia, którego wysokość zależy od wykonawcy (a nie podmiotów zewnętrznych). Dlatego też, przedłożone przez IMPEL dowody wewnętrzne zawierające obliczenia dotyczące wynagrodzenia pracowników i współpracowników IMPEL były wystarczające do wykazania rynkowości ceny całej oferty.

2.17. Zamawiający zauważył też, że oferowana przez Przystępującego w ofercie cena za usługi ochrony nie była istotnie korzystniejsza od cen oferowanych w tym zakresie przez Odwołującego. Jak wynika z porównania obu ofert w tym zakresie różnice pomiędzy cenami jednostkowymi wahały się od 0,81 zł do 10,78 zł. Zwrócił uwagę na to, że największa różnica pomiędzy stawką godzinową za usługę ochrony pomiędzy dwiema porównywanymi ofertami, która wyniosła 10,78 zł dotyczyła usług mających znikomy wpływ na wysokość ceny (pozycja 3 tabela 1) – do obliczenia ceny brana była tylko jedna godzina tego typu usług [Zamawiający wskazał tę pozycję do wyceny w formularzu cenowym, w przypadku, gdyby w związku z objęciem umową nowego obiektu o obowiązkowej ochronie lub zmiany

20

do posiadania broni (co zostało przewidziane w zapisach § 27 projektu umowy). Taki zabieg w ocenie Zamawiającego zabezpiecza jego interes na przyszłość, pozwala realizować umowę w sposób optymalny bez zbędnych negocjacji co do właściwego ustalenia wysokości świadczenia w tym przypadku].

Ponadto, inni wykonawcy składający oferty w postępowaniu również wycenili tę usługę na niższym poziomie niż Konsorcjum DGP, które zaoferowało stawkę w wysokości 25 zł za godzinę (EKOTRADE - 16,10 zł, ERA - 20,30 zł, RENOMA - 18 zł).

Porównanie oferty IMPEL i Odwołującego:

Tabela 1: IMPEL – Konsorcjum DGP – Różnica

1. Świadczenie usług ochrony przez kwalifikowanego pracownika ochrony/stawka za godzinę: 11,44 zł; 15,57 zł; 4,13 zł;
2. Świadczenie usług ochrony przez kwalifikowanego pracownika ochrony z legitymacją osoby dopuszczonej do posiadania broni/stawka za godzinę: 13,57 zł; 15,46 zł; 1,89 zł
3. Świadczenie usług ochrony przez kwalifikowanego pracownika ochrony z legitymacją osoby dopuszczonej do posiadania broni zatrudnionego na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy/stawka za godzinę: 14,22 zł; 25 zł; 10,78 zł;
4. Świadczenie usług ochrony przez pracownika niekwalifikowanego/stawka za godzinę: 8,64 zł; 9,45 zł; 0,81 zł.

2.18. Występowanie tego rodzaju różnic cenowych jest naturalną konsekwencją istnienia konkurencji na rynku i w żadnym wypadku nie może automatycznie świadczyć o oferowaniu nierynkowej ceny, zwłaszcza gdy wykonawca przedstawia wiarygodne wyjaśnienia na to, że osiągnięcie korzystnej ceny wynika z istnienia szeregu okoliczności, które pozwalają mu na ograniczanie kosztów działalności oraz optymalizację oferowanej ceny. Jak wskazała KIO w jednym z wyroków z dnia 31 lipca 2013 r. *„Zanotowana dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do stwierdzenia, że cena najniższa, podana przez jednego z nich, jest ceną rażąco niskiej, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu, których porównawcze oszacowanie jest trudne, bo każda z firm może przyjąć inne metody kalkulacyjne, a w szczególności inny poziom zysku, którego górna wysokość w danej branży, dosyć ograniczoną, z uwagi na specyfikę zamówienia, itp. W konsekwencji, to co dla jednego wykonawcy, stanowi cenę rażąco niską, nie pozwalającą na prawidłową realizację umowy, nie musi być ceną poniżej kosztów świadczenia usługi dla innego wykonawcy.”* (KIO 1767/13).

21

2.19. Ponadto, jak wynika z powołanego wyżej orzecznictwa, oceniając realność zaoferowanej w postępowaniu ceny należy brać pod uwagę cenę dotyczącą całego przedmiotu zamówienia, a cena końcowa oferty IMPEL nie budzi wątpliwości Zamawiającego co do rynkowości. Zamawiający zwrócił uwagę, że w pewnych pozycjach zawartych w formularzu cenowym, dotyczących kosztów monitoringu czy podłączenia nadajnika GPS, oferta Przystępującego, jak i 2 innych wykonawców, zawierała mniej korzystne tj. wyższe lub porównywalne stawki do tych oferowanych przez Konsorcjum DGP.

Jak wynika z porównania cen Przystępującego i innych wykonawców (pozycje od 7 do 9):

Tabela 2: IMPEL – Konsorcjum DGP – EKOTRADE – ERA

Zryczałtowane miesięczne wynagrodzenie za monitorowanie obiektu/miesięcznie (pozycja 7 w formularzu cenowym): 135 zł; 60 zł; 55 zł; 00 zł;

Zryczałtowane miesięczne wynagrodzenie za nielimitowaną ilość reakcji grupy Interwencyjnej/miesięcznie (pozycja 8 w formularzu cenowym): 125 zł; 70 zł; 70 zł; 75 zł;

Zryczałtowana opłata za podłączenie jednego nadajnika GSM/podłączenie: 150 zł; 150 zł; 100 zł; 150 zł.

Gdyby więc o rażąco niskiej cenie miały decydować poszczególne elementy cenotwórcze oferty, to można by ten zarzut podnieść także wobec Odwołującego i pozostałych wykonawców w odniesieniu do wskazanych wyżej elementów kosztorysu. Powyższe porównanie dowodzi temu, że każdy przedsiębiorca ma swoje sposoby optymalizacji działalności.

2.20. Odnosząc się w dalszej kolejności do twierdzeń Odwołującego, zgodnie z którymi wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie powinni zakładać możliwości

uzyskania częściowego zwrotu kosztów z PFRON, gdyż osoby z kwalifikacjami niezwykle rzadko posiadają orzeczenie o niepełnosprawności, Zamawiający zwrócił uwagę, że w części I zamówienia znaczny jego zakres obejmował usługi wykonywane przez osoby niemające kwalifikacji (poz. 4 formularza ofertowego). Usługi te polegają, w szczególności, na rejestrowaniu osób, które wchodzi do obiektu czy osób, które pobierają klucze od pomieszczeń, a osoby je wykonujące nie są wyposażone w środki przymusu bezpośredniego tj. paralizatory, broń, kajdanki. Nie są to więc prace wymagające pełnej sprawności fizycznej, dlatego też twierdzenie, że nie mogą ich wykonywać osoby mające umiarkowany czy lekki stopień niepełnosprawności jest nieuprawnioną dyskryminacją. Z tego też względu nie można zarzucać IMPEL, że chcąc zatrudnić takie osoby do wykonywania prac niewymagających kwalifikacji uwzględnił dotacje z PFRON, które mu bezsprzecznie przysługują, zwłaszcza że już sam przepis art. 90 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazuje, że przedstawiane przez wykonawcę wyjaśnienia mogą dotyczyć m.in. udzielonej na podstawie odrębnych przepisów pomocy publicznej.

22

2.21. Odnosząc się zaś do obliczeń Odwołującego, zawartych w tabelach umieszczonych na stronach od 11 do 13 odwołania, które mają rzekomo uprawdopodobnić stawiane przez niego zarzuty, Zamawiający wskazał, że nie stanowią one żadnego punktu odniesienia w przedmiotowej sprawie. Wyliczenia te są zupełnie niemiarodajne i oderwane od realiów biznesowych, m.in. z następujących powodów:

a) uwzględniają pozycje kosztowe dowolnie wybrane przez Odwołującego, które nie muszą wystąpić u każdego przedsiębiorcy, co daje fałszywy obraz sytuacji, gdyż:

- każdy wykonawca ponosi różne koszty prowadzonej przez niego działalności, także w zakresie kosztów płacowych, na co wpływa szereg złożonych czynników, znanych tylko danemu przedsiębiorcy (w tym podstawa zatrudnienia, struktura zatrudnienia, stosowany system czasu pracy, wprowadzony okres rozliczeniowy itd.).

Wobec tego założenie, zgodnie z którym każdy z wykonawców powinien uwzględniać te same koszty przy obliczaniu ceny za określone usługi jest oczywiście błędne. Każdy z wykonawców ma swoje sposoby i metody ograniczania kosztów i optymalizacji działalności, co jest wypadkową różnych okoliczności i co należy mieć na uwadze,

- zobowiązując wykonawców do wskazania ceny za usługę ochrony w każdej, wyodrębnionej przez niego kategorii, Zamawiający nie wskazał kosztów, jakie powinny być wzięte przez wykonawcę pod uwagę przy jej ustalaniu – decyzja ta została pozostawiona każdemu uczestnikowi postępowania w ramach swobody działalności gospodarczej. Dlatego też narzucanie konkretnych pozycji kosztowych do kształtowania tej ceny jest nieuprawnione,

b) uwzględniają koszty, które stanowiły odrębną pozycję w formularzu cenowym i wbrew sugestiom wynikającym z odwołania nie powinny być brane pod uwagę przy ocenie stawek godzinowych podawanych w początkowych pozycjach formularza – Przystępujący uwzględnił koszt GI (Grupy Interwencyjnej) zgodnie z wymogami formularza cenowego, tj. przy wycenie pozycji 7 i 8 formularza cenowego, ustalając stawkę miesięczną za:

i) monitorowanie obiektu uwzględniające Nielimitowaną ilość reakcji grupy interwencyjnej oraz

ii) wynagrodzenie za Nielimitowaną ilość reakcji grupy interwencyjnej w obiekcie nie objętym systemem alarmowym zamawiającego,

c) wartości poszczególnych składników cenotwórczych zostały ustalone w sposób całkowicie dowolny, bez wskazania jakichkolwiek wiarygodnych podstaw takich kalkulacji, przez co obliczenia te nie są wiarygodne, w tym m.in.:

- uwzględniony w tabelach zysk został określony na dowolnie wybranym poziomie (4%), co jest kwestią bardzo indywidualną; wysokość zysku nie może być zakładana na jednym, z góry przyjętym poziomie, jednakowym dla wszystkich przedsiębiorców,

23

•tabele, w zakresie w jakim dotyczą ceny za usługi świadczone na podstawie umów o pracę, uwzględniają też koszty ponoszone na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych, który to nie musi być obowiązkowo tworzony w każdym zakładzie pracy; zgodnie bowiem z art. 4 ustawy o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych pracodawcy zobowiązani do

tworzenia funduszu (tj. zatrudniający co najmniej 20 pracowników wg stanu na 1 stycznia danego roku) mogą zrezygnować z jego tworzenia lub też zdecydować o zmniejszeniu odpisu ustawowego przeznaczonego na fundusz w trybie określonym w przepisach (odpowiednie postanowienie w tym zakresie powinno znaleźć się w regulaminie wynagrodzenia lub zakładowym układzie zbiorowym pracy); ponadto, odpisy w ramach zakładowego funduszu świadczeń socjalnych są zasadniczo odprowadzane za pracowników, a w ramach I części zamówienia, Zamawiający wymagał zatrudnienia w oparciu na umowę o pracę tylko w niewielkim wymiarze. Stąd też uwzględnianie kosztów zakładowego funduszu świadczeń socjalnych przy wycenie stawki za usługę ochrony, która nie musi być świadczona przez pracowników, nie jest miarodajne,

- koszty związane z umundurowaniem, wyposażeniem czy szkoleniami dla pracowników w dużej mierze zależą od już posiadanych przez danego wykonawcę zasobów i mogą być bardzo zróżnicowane.

2.22. Odnosząc się do licznych przypuszczeń Odwołującego dotyczących treści złożonych przez IMPEL wyjaśnień, w których Odwołujący zarzuca Przystępującemu nienależyte wykazanie realności oferowanej ceny, należy uznać, że żadne z nich się nie potwierdziły. W szczególności, wbrew podejrzeniom Odwołującego, wyjaśnienia te są wyczerpujące, szczegółowe, odnoszą się do postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, a nie innych postępowań, zawierają szczegółową kalkulację ceny oferty oraz adekwatne do sprawy dowody na potwierdzenie jej prawidłowości.

2.23. Niezależnie od powyższego, Zamawiający podniósł, że różnica pomiędzy ceną oferty IMPEL a wartością zamówienia oraz średnią arytmetyczną wszystkich ofert jedynie nieznacznie wykracza poza 30%. Ponadto, nie bez znaczenia jest, że na powstanie takiej różnicy w zakresie średniej arytmetycznej ofert wpłynęła istotnie oferta jednego z wykonawców – konsorcjum Solid Security sp. z o.o. oraz Solid sp. z o.o., której wartość znacznie odbiegała od cen ofert innych wykonawców i sztucznie zawyżała średnią arytmetyczną stanowiącą tu punkt odniesienia.

Zamawiający podkreślił też, że oferta IMPEL (wartość – 17.120.456,91 zł) była jedynie o 18,24% niższa o drugiej z kolei oferty (Konsorcjum DGP – wartość oferty 20.937.906,48 zł), co nie jest zdaniem Zamawiającego różnicą istotną w odniesieniu do całkowitej wartości zamówienia.

2.24. Podsumowując, jak wynika z powyższego, cena zaoferowana przez IMPEL nie wykazuje cech rażąco niskiej. Zamawiający podkreślił, że wyjaśnienia IMPEL w sposób

24

wyczerpujący i niebudzący wątpliwości potwierdzają, że cena ta jest realna, rynkowa, a jej wysokość jest ściśle związana z szeregiem czynników, które wpłynęły na jej obniżenie, a tym samym złożenie najkorzystniejszej w postępowaniu oferty.

3. Bezzasadność zarzutu dotyczącego braku wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny

Odwołujący w sposób błędny zarzucił Zamawiającemu, że ten niezasadnie nie wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień co do ceny na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp w zakresie części II oraz III zamówienia. Zarzut ten jest całkowicie chybiony.

3.1. Jak wcześniej wspomniano, zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny tylko wtedy, gdy:

a) cena wydaje się mu rażąco niska oraz

b) budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego wymaganiami oraz przepisami prawa.

W orzecznictwie wskazuje się, że powstałe po stronie zamawiającego wątpliwości muszą być uzasadnione i poprzedzone dokładną analizą oferty (wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r., V Ga 122/10). Wątpliwości te mogą powstać zwłaszcza wtedy, gdy cena oferty będzie znacznie odbiegała od cen ofert złożonych przez innych wykonawców, od wartości zamówienia lub poszczególne elementy oferty składające się na cenę finalną będą dużo niższe od cen jednostkowych zaproponowanych przez innych wykonawców i nie będzie racjonalnych argumentów, które by te różnice uzasadniały.

3.2. Jeśli cena oferty wydaje się zamawiającemu rynkowa i nie budzi jego wątpliwości, to nie ma on, co do zasady, obowiązku wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Obowiązek ten, mimo braku wątpliwości, zaktualizuje się tylko w jednej sytuacji, tj. gdy cena oferty będzie niższa o 30% od:

a) wartości zamówienia lub

b) średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

3.3. Pzp wprowadza w tym zakresie pewien automatyzm w działaniu zamawiającego, który niezależnie od tego, czy jest to zasadne czy nie, z powodów czysto matematycznych, musi wezwać wykonawcę do wyjaśnień – nawet wtedy, gdy nie ma wątpliwości, że oferowana przez niego cena jest rynkowa. W praktyce niejednokrotnie zdarzają się takie sytuacje, które w dużej części przypadków są wynikiem złożenia w postępowaniu przez innych wykonawców ofert o znacznie zawyżonych cenach czy też przeszacowania wartości zamówienia przez zamawiającego.

3.4. Zamawiający zaznaczył, że samo wystąpienie wskazanych wyżej różnic wartości i wezwanie do wyjaśnień w żadnym wypadku nie przesądza o występowaniu rażąco niskiej ceny. Jak potwierdziła KIO w jednym z wyroków: „Nie można podzielić poglądu, iż wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. skutkuje zawsze powstaniem domniemania faktycznego, że

25

w danej sprawie mamy do czynienia z rażąco niską ceną, w wyniku czego ciężar udowodnienia, że cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień” (wyrok KIO z dnia 10 lipca 2015 r., KIO 1185/15; KIO 1189/15; KIO 1191/15; KIO 1199/15; KIO 1208/15; KIO 1209/15; KIO 1211/15).

3.5. Skoro więc wystąpienie pomiędzy ceną oferty a wartością zamówienia czy średnią arytmetyczną wszystkich ofert różnicy na poziomie 30% nie stanowi samo w sobie domniemania rażąco niskiej ceny, to tym bardziej domniemania tego nie może stworzyć wystąpienie różnicy na poziomie niższym niż 30% (jak w przypadku IMPEL).

3.6. W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie zwrócił się do Przystępującego o złożenie wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny w zakresie części II oraz III zamówienia, gdyż, z uwagi na szereg czynników, nie znalazł do tego podstaw, w szczególności:

- a) nie powziął żadnych wątpliwości co do rynkowego charakteru oferowanej ceny a cena ta nie wydała mu się rażąco niska,
- b) żaden składnik ceny zaoferowanej przez IMPEL nie wydał się Zamawiającemu nierzeczywisty czy znacznie zaniżony,
- c) cena IMPEL w obu częściach zamówienia nie była niższa o 30% od wartości zamówienia, jak i średniej arytmetycznej wszystkich ofert (mimo tego, że oferta złożona przez konsorcjum Solid na obie części zamówienia była znacznie zawyżona wobec cen innych ofert, co znacznie podnosiło średnią arytmetyczną wszystkich ofert),
- d) cena IMPEL była zbliżona do cen zaoferowanych przez innych wykonawców (za wyjątkiem cen konsorcjum Solid, które, jak już wcześniej wspomniano, znacznie przewyższały ceny ofert innych wykonawców, jak i wartość zamówienia wskazaną przez Zamawiającego (w odniesieniu do wartości zamówienia różnica ta wynosiła 17 319 300,36 zł, co do części II oraz 22 857 645, 96 zł, co do części III zamówienia), co prowadzi do wniosku, że nie powinny one stanowić żadnego punktu odniesienia).

Część II zamówienia – porównanie: Wykonawca – Cena brutto
IMPEL 30 363 705,21 zł; Konsorcjum ERA (ERA sp. z o.o., JANTAR 2 sp. z o.o., JANTAR sp. z o.o., NOVIA sp. z o.o.) 37 888 532,28 zł; Konsorcjum DGP 37 112 657,16 zł.

Część III zamówienia – porównanie: Wykonawca – Cena brutto
IMPEL 36 603 946,86 zł; Konsorcjum ERA (ERA sp. z o.o., JANTAR 2 sp. z o.o., JANTAR sp. z o.o., NOVIA sp. z o.o.) 38 593 612,59 zł; Konsorcjum DGP 38 244 943,02 zł; EKOTRADE sp. z o.o. 45 723 156,03 zł;

- e) oferta IMPEL była korzystniejsza od oferty Konsorcjum DGP głównie w zakresie stawek godzinowych za świadczone usługi ochrony, przy czym, w ocenie Zamawiającego, różnice między tymi stawkami były niewielkie (różnice te w części II wynosiły od 0,72 zł do 5,21 zł za godzinę oraz od 0,08 zł do 2,66 zł w zakresie części III),

26

-
- f) w zakresie pozycji cenowych dotyczących kosztów monitoringu oraz podłączenia nadajników GPS oferta IMPEL była nawet dwukrotnie czy trzykrotnie droższa, a tym samym mniej korzystna od ofert innych wykonawców (w zakresie części II od oferty Konsorcjum DGP oraz wykonawcy ERA, a w zakresie części III także od oferty wykonawcy EKOTRADE oraz konsorcjum Solid) – oferta IMPEL nie była tańsza od ofert innych wykonawców co do każdego czynnika cenotwórczego,

g) IMPEL złożył Zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące kalkulacji stawki wynagrodzenia dla kwalifikowanego pracownika ochrony z bronią, które w przekonujący sposób uzasadniają jej rynkowy i realny poziom zaoferowany przez Przystępującego.

Wobec powyższego nie powinno ulegać wątpliwości, że brak było jakichkolwiek uzasadnionych podstaw do tego, aby wzywać IMPEL do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, gdyż cena ta nie budzi żadnych wątpliwości co do jej rynkowości.

Zamawiający wreszcie zaznaczył, że pismo z dnia 27 czerwca 2016 r., wzywające IMPEL do złożenia wyjaśnień w zakresie kalkulacji stawki wynagrodzenia dla kwalifikowanego pracownika ochrony z bronią zatrudnionego na umowę o pracę, na które powołuje się Odwołujący, nie stanowiło wezwania do wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 Pzp, gdyż jak wskazano powyżej, brak było do tego jakichkolwiek podstaw. Wezwanie to wystosowano w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, nie zaś w związku z rzekomymi wątpliwościami Zamawiającego co do rynkowego charakteru ceny.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wniósł jak w *petitum*, o oddalenie odwołania w całości.

Wykonawcy zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: 1. Impel Security Polska sp. z o.o.; 2. Impel Provider Security Partner sp. z o.o. sp.k.; 3. Impel Cash Solutions sp. z o.o.; 4. Impel Monitoring sp. z o.o. sp.k.; 5. Gwarant Agencja Ochrony S.A., przedstawili następujące stanowisko.

1. W odniesieniu do zarzutu tajemnicy przedsiębiorstwa

Przystępujący podniósł, że zarzut Odwołującego w odniesieniu do naruszenia przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 uznk, należy uznać za bezzasadny.

Na gruncie przepisu art. 11 ust. 4 uznk podtrzymał, że informacje zawarte w udzielonych wyjaśnieniach z dnia 27 czerwca 2016 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu podkreślił, że w świetle obowiązującego orzecznictwa informacje o szczegółowym sposobie kalkulacji składników cenotwórczych do realizacji zamówienia, stanowią dane poufne. Potwierdził, że zastrzeżone informacje nie są powszechnie dostępne konkurującym wykonawcom i nie są możliwe do ustalenia. Wskazał,

27

że nie jest możliwe ustalenie zasady polityki kadrowej wykonawcy oraz liczby pracowników zatrudnianych w ramach poszczególnych form zatrudnienia. Dane te stanowią know-how wykonawcy. „(...) zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (...)” – wyrok S.O. w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07.

Podniósł, że informacje te powstają na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne. Tak więc zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii (kosztorysy i struktura zatrudnienia) spełniają przesłanki uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, stanowią know-how, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 175/13).

Przystępujący poinformował również, że w strukturze jego przedsiębiorstwa zostały podjęte systemowe rozwiązania zabezpieczające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa przed ich ujawnieniem, polegające m.in. na odpowiedniej organizacji pracy zespołów projektowych, zawieraniu z pracownikami i osobami współpracującymi umów o zakazie konkurencji i zachowaniu poufności, ograniczeniu ilości osób mających dostęp do danych technicznych i technologicznych, wprowadzeniu systemu monitorowania pracy komputerów, zabezpieczeniu nośników tajnych informacji, wdrożeniu wewnętrznych regulacji określających zasady bezpieczeństwa informacji, zaniechaniu publikacji danych dotyczących nowych produktów w pismach branżowych bądź ograniczeniu ich treści, zawieraniu umów o zachowaniu poufności z kontrahentami, które obejmują również jego pracowników i osoby z nim współpracujące.

Jednocześnie zaznaczył, że informacje zawarte w kalkulacjach nie są znane ogółowi

zainteresowanych osób oraz nie mogą zostać uzyskane przez podmiot zainteresowany w zwykłej, dozwolonej prawem drodze, a w szczególności osobom i podmiotom, które ze względu na wykonywaną działalność gospodarczą są zainteresowane ich posiadaniem. Tego rodzaju przesłanki stanowią istotę uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/2000).

W konsekwencji Wykonawca przejawiał wolę, by pozostały one tajemnicą dla określonych kręgów odbiorców i wola ta jest dla tych odbiorców rozpoznawalna. Podniósł, że spełnił w zakresie prawidłowego zastrzeżenia poufności danych wszelkie wymagania wynikające z przepisów obowiązującego prawa.

28

Reasumując, podkreślił, że w świetle obowiązującego orzecznictwa z zamówień publicznych informacje o szczegółowym sposobie kalkulacji składników cenotwórczych oraz o wyborze przez wykonawców określonej formy zatrudnienia dla osób przewidzianych do realizacji zamówienia, stanowią dane poufne.

2. W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny

(Wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 pkt 4 uznk)

Na potwierdzenie przedstawionych wyjaśnień Przystępujący dołączył dowody w postaci szczegółowych kalkulacji poszczególnych elementów cenotwórczych oraz decyzję o przyznaniu statusu zakładu pracy chronionej, uprawniającą do obniżenia kosztów pracy o odpowiednie dotacje, wyciąg z Zakładowego Funduszu Świadczeń Socjalnych.

Jednocześnie oświadczył, że wyjaśnienia wraz z dowodami zastrzega jako „tajemnicę przedsiębiorstwa”. W zastrzeżonych wyjaśnieniach zostały zamieszczone informacje gospodarcze i organizacyjne, których ujawnienie w sposób ewidentny zagraża interesom Przystępującego, gdyż stwarza możliwość ich wykorzystania w celu zachwiania pozycji rynkowej Przystępującego, co zdecydowało o podjęciu działań zmierzających do zachowania ich poufnego charakteru. Działania mające na celu zachowanie poufności informacji mają zapobiec dotarciu chronionej informacji do pewnych osób w tzw. normalnym toku zdarzeń (prawnie dozwolonych), bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Określone dane stanowią tajemnicę, gdy przedsiębiorca wyraźnie sprzeciwia się ich dostępności dla pewnych osób, co Przystępujący uczynił. Dodał, że zgodnie z literaturą przedmiotu i orzecznictwem, informacje posiadające „wartość gospodarczą” dotyczą m.in. organizacji pracy oraz wynikającego z tego poziomu i sposobu kalkulacji kosztów.

Ponieważ zastrzeżone informacje nie zostały uprzednio ujawnione do wiadomości publicznej, jak również podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, udostępniając je wyłącznie osobom bezpośrednio zaangażowanym w proces planowania sposobu realizacji zamówienia, informacje owe nie są znane ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność, są zainteresowane ich posiadaniem.

Z uwagi na powyższe wyczerpane zostały przesłanki uzasadniające zastrzeżenie, gdyż wykazano istnienie wszystkich trzech elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 11 pkt. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Załączniki: 1) szczegółowe kalkulacje poszczególnych elementów cenotwórczych dla Części 2 i Części 3; 2) decyzja o przyznaniu statusu zakładu pracy chronionej, uprawniającą do obniżenia kosztów pracy o odpowiednie dotacje; 3) wyciąg z Zakładowego Funduszu Świadczeń Socjalnych.

29

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, Izba uznała, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: 1. Impel Security Polska sp. z o.o.; 2. Impel Provider Security Partner sp. z o.o. sp.k.; 3. Impel Cash Solutions sp. z o.o.; 4. Impel Monitoring sp. z o.o. sp.k.; 5. Gwarant Agencja Ochrony S.A. – w wyniku skutecznego przystąpienia, stali się uczestnikami postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp).

Wobec nie wystąpienia okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie (art. 189 ust. 4 ustawy Pzp).

Strony i uczestnik postępowania złożyli w toku rozprawy dokumenty.

Odwołujący – opracowania własne:

1. Sposób wyliczenia średniej ilości roboczogodzin w miesiącu – Zadanie I: Wariant 1 – Pracownicy niekwalifikowani zatrudnieni w oparciu umowę o pracę; Wariant 2 – Pracownicy niekwalifikowani zatrudnieni w oparciu o umowy cywilno-prawne [1) Wyliczenie własne Wykonawcy, dokonane na podstawie Opisu przedmiotu zamówienia. (Przykładowy opis przedmiotu zamówienia dla 1 Obiektu w załączeniu); 2) Pytania Wykonawców i odpowiedzi Zamawiającego dotyczące sposobu wyliczenia ilości godzin].
2. Analiza kosztów – TAURON – Zadanie I Wariant 1 – Pracownicy niekwalifikowani zatrudnieni w oparciu o umowę o pracę; Wariant 2 – Pracownicy niekwalifikowani zatrudnieni w oparciu o umowy cywilno-prawne [1. Tabele z ponoszonymi minimalnymi kosztami dla zadania nr I w oparciu o Wariant 1 i Wariant 2; 2. Opis poszczególnych kosztów: a) wynagrodzeń, b) obowiązkowych składek ZUS, c) składki na ZFŚS, d) ekwiwalent za pranie, e) urlopowe i rezerwy chorobowej, f) badań lekarskich, g) sprzętu, inwestycji, h) umundurowania, i) polisy dedykowanej do kontraktu, j) Administracji z uszczegółowieniem kosztów Koordynatora, k) możliwy poziom dofinansowania pracodawcy.
3. Sposób wyliczenia średniej ilości roboczogodzin w miesiącu – Zadanie I – Pracownicy kwalifikowani [1) Wyliczenie własne Wykonawcy, dokonane na podstawie Opisu przedmiotu zamówienia. (Przykładowy opis przedmiotu zamówienia dla 1 Obiektu w załączeniu); 2) Pytania Wykonawców i odpowiedzi Zamawiającego dotyczące sposobu wyliczenia ilości godzin].
4. Analiza kosztów – TAURON – Zadanie I Pracownicy niekwalifikowani kwalifikowani [1. Tabele z ponoszonymi minimalnymi kosztami dla zadania nr I; 2. Opis poszczególnych

30

kosztów: a) wynagrodzeń, b) obowiązkowych składek ZUS, c) badań lekarskich, d) sprzętu, inwestycji, e) umundurowania, f) szkolenia z zakresu użycia środków przymusu bezpośredniego, g) polisy dedykowanej do kontraktu, h) Administracji z uszczegółowieniem kosztów Koordynatora.

5. Dokumenty potwierdzające koszty umundurowania i wyposażenia: -oferty dostawców, -faktury zakupu. Dokumenty wspólne dla całości Zadania I, Pracowników

(tajemnica niekwalifikowanych, Pracowników

kwalifikowanych przedsiębiorstwa odwołującego).

6. Kształtowanie się rynku plac w sektorze ochrony: -ogłoszenia o pracę, -oferty Agencji Pracy, -publikacje prasowe. Dokumenty wspólne dla całości Zadania I Pracowników niekwalifikowanych, Pracowników kwalifikowanych.
7. Sposób wyliczenia średniej ilości roboczogodzin w miesiącu – Zadanie II – kwalifikowani z bronią zatrudnieni na podstawie umowy o pracę.
8. Analiza kosztów – TAURON Zadanie II – pracownicy kwalifikowani z bronią, zatrudnieni na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy.
9. Sposób wyliczenia średniej ilości roboczogodzin w miesiącu – Zadanie III – kwalifikowani z bronią zatrudnieni na podstawie umowy o pracę.
10. Analiza kosztów – TAURON Zadanie III – pracownicy kwalifikowani z bronią, zatrudnieni na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy.
11. Dokumenty potwierdzające koszty umundurowania i wyposażenia: -oferty dostawców, -faktury zakupów. Dokumenty dla Zadania II oraz III (tajemnica przedsiębiorstwa odwołującego).
12. Polityka cenowa firmy IMPEL przy podobnych zamówieniach w województwie śląskim.
13. Wariant I. Analiza kosztów Zadania nr I – pracownicy niekwalifikowani. Wyliczenie kosztów przy zatrudnieniu pracowników posiadających orzeczenie o niepełnosprawności stopnia umiarkowanego, zatrudnionych w oparciu na umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy. Wariant II. Analiza kosztów Zadania nr I – pracowników niekwalifikowanych przy realizacji zadań przez osoby pozostające na umowach cywilno-prawnych średnia roboczogodzin na 1 pracownika w miesiącu – 236,24.

14. Analiza kosztów – TAURON Zadanie I – pracownicy kwalifikowani realizujący usługę z normatywnym czasem pracy 183,61 na umowy cywilno-prawne.
15. Wyciąg z Aneksu zmieniającego umowę z dnia 30 lipca 2014 r. (według oświadczenia odwołującego umowa zawarta pomiędzy zamawiającym a przystępującym).
16. Analiza kosztów TAURON Zadanie II – pracownicy kwalifikowani z bronią, zatrudnieni na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy.
17. Analiza kosztów TAURON Zadanie III – pracownicy kwalifikowani z bronią, zatrudnieni na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy.

31

-
18. Informacja dotycząca Polskiej Izby Ochrony z Kalkulacją minimalnej stawki kontraktowej na 2016 r.

Przystępujący:

1. Pismo z dnia 21 lipca 2016 r. pt. „Dotyczy: stanowiska Przystępującego w stosunku do zarzutów Odwołującego (...)\", składające się z trzech części:
 1. „Stanowisko Przystępującego w odniesieniu do zarzutu tajemnicy przedsiębiorstwa”: -pkt 1 pisma na stronach 1 i 2 – część jawna; 2. „Stanowisko Przystępującego w odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny”: -pkt 2 pisma na stronach 2-8 – część objęta tajemnicą przedsiębiorstwa [za wyjątkiem zestawienia cen ofert trzech wykonawców w części II i III zamówienia (str. 4 i 6 pisma), gdyż dane te zostały przedstawione w piśmie zamawiającego – odpowiedź na odwołanie, str. 14 i 15 – jako informacje jawne podane podczas otwarcia ofert, zatem informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa]; -ostatnia strona pisma: 3/4 tekstu – część jawna; -załącznik pt. Kalkulacja szczegółowa Zadanie 2 (4 strony) – część tajna; -decyzja administracyjna Wojewody Dolnośląskiego: z 9 lutego 2005 r., D1/0003/2005 – przyznanie statusu zakładu pracy chronionej; decyzje zmieniające datowane: – 27 lipca 2005 r.; 14 października 2005 r.; 20 grudnia 2005 r.; 10 lutego 2006 r.; 27 marca 2006 r.; 22 czerwca 2006 r.; 15 lutego 2007 r., 8 listopada 2007 r., 21 sierpnia 2008 r. – część jawna; – ostatnie 2 dokumenty, tj. Protokół dodatkowy nr 21 z dnia 18 listopada 2015 r. do Zakładowego Układu Zbiorowego Pracy Impel Security Polska Sp. z o.o. oraz Aneks nr 7 do Zakładowego Regulaminu Wynagradzania dla Pracowników Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp.k.– część tajna.
2. Trzy porównania kalkulacji Odwołującego z rozprawy i z odwołania – pracownicy niekwalifikowani umowa o pracę (poz. 4); pracownicy niekwalifikowani, umowa cywilnoprawna (poz. 4); pracownicy kwalifikowani, umowa cywilnoprawna (poz. 1).
3. Pełny aneks z 31 grudnia 2015 r. do umowy z dnia 30.07.2014 r.
4. Zestawienia tabelaryczne (5-7), przedstawiające dane z przetargów z 2016 r., w których uczestniczył Odwołujący.
5. Spis do wyjaśnień (tajemnica przedsiębiorstwa).
6. Spis do umów o pracę, Spis do umów zleceń – Zestawienie pracowników zatrudnionych na umowę o pracę (9 osób) i na umowy zlecenia (4 osoby), są to przykładowe wskazania i stawki godzinowe dla umów zlecenia. Podano w tabeli również stopień niepełnosprawności na podstawie orzeczenia o niepełnosprawności na dowód, że osoby z takim orzeczeniem mogą być zatrudniane.
7. Poświadczenie Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach z 27.06.2016 r.
8. Pismo Przystępującego z dnia 7-8-2015 r. skierowane do Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, na stronie trzeciej w kolejności, od dolnego akapitu do str. 15

32

– zamieszczono wyjaśnienia złożone na wezwanie adresata na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (tajemnica przedsiębiorstwa).

Odwołujący spełnia przesłanki legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy (oferta odwołującego została oceniona na drugim miejscu w zadaniach I, II, III).

Stan faktyczny sprawy został przedstawiony w stanowiskach stron i uczestnika postępowania odwoławczego, odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym przystępującego, powtórzonych z niezbędnymi skrótami w pierwszej części uzasadnienia, nie jest sporny, co do zasady. Spór dotyczy oceny prawnej czynności stron

i uczestnika postępowania odwoławczego.

Odwołanie rozpoznane na rozprawie w granicach zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp – *zakaz orzekania co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*), przy uwzględnieniu, że zarzuty odwołania stanowią niezgodne z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp) oraz obowiązku stron i uczestnika postępowania odwoławczego wynikającego z art. 190 ust. 1 ustawy, do przedstawiania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, aż do zamknięcia rozprawy i obowiązku Izby rozstrzygnięcia w wyroku o żądaniach odwołującego (§ 34 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań – Dz. U. z 2014 r. poz. 964) – podlega oddaleniu.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach I, II, III, złożonej przez konsorcjum Impel, uznając uprzednio, że wykonawcy tworzący konsorcjum nie podlegają wykluczeniu z postępowania, ich oferta nie podlega odrzuceniu, a po dokonanej ocenie z zastosowaniem kryteriów oceny ofert, stanowi ofertę najkorzystniejszą.

Oferta odwołującego została oceniona na drugim miejscu.

Obaj wykonawcy wykonują aktualnie na podstawie poprzednio zawartych umów usługi na rzecz zamawiającego: przystępujący w części I, odwołujący w częściach II i III.

Na podstawie wyjaśnień złożonych na rozprawie ustalono, że w związku ze świadczoną usługą, zamawiający przeprowadził audyt odnośnie wykonawców, uaktualnił ceny przed rozpoczęciem 2016 r. W ofertach złożonych w tym postępowaniu, odwołujący zastosował 20% wzrost ceny w stosunku do ceny, za jaką aktualnie świadczy usługę, przystępujący kilkuprocentowy.

33

Ceny ofert w tym postępowaniu zostały przedstawione na 3. poziomach: pierwszy – cena przystępującego; drugi – cena odwołującego i następnego, bądź następnych wykonawców; trzeci – wykonawca z najwyższą ceną, która zakłada średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert.

Zamawiający, zgodnie z oświadczeniem, nie miał żadnych wątpliwości, co do realności cen przystępującego, podjął czynności na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy w części I zamówienia wobec niewielkiego przekroczenia procentowego progu określonego w tym przepisie.

Ad 1. Zaniechanie odtajnienia wyjaśnień Impel złożonych w trybie art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Pzp w części I i II, w tym zaniechanie odtajnienia uzasadnienia utajnienia tych wyjaśnień, co stanowi naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwanej dalej u.z.n.k) oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez błędną ocenę skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez Impel na podstawie art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Pzp (odpowiednio dla części I i II), polegającą w szczególności na przyjęciu, że wyjaśnienia podlegają utajnieniu, mimo że wykonawca nie wykazał, że zastrzegane przez niego informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, oraz nieuzasadnione utajnienie tych dokumentów, w tym także samego uzasadnienia zastrzeżenia.

Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w części I zamówienia.

W części I zamówienia przystępujący złożył ofertę z ceną, która uzasadniała obowiązek zamawiającego przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, o której stanowi przepis art. 90 ust. 1 ustawy (stosunek ceny oferty do wartości zamówienia zwiększonej o kwotę podatku VAT i średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert wskazuje, że cena jest niższa o 32,83% od wartości zamówienia oraz o 31,45% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert).

Zamawiający wezwał przystępującego pismem z dnia 09.06.2016 r. do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, kierując standardowe wezwanie odpowiadające treści przepisu art. 90 ust. 1 ustawy, z którego wynikał oczekiwany przez zamawiającego zakres wyjaśnień.

Przystępujący złożył wyjaśnienia z załącznikami (pismo z dnia 14 czerwca 2016 r.),

wskazał w nich: na znajomość specyfiki przedmiotu zamówienia, doświadczenie w kalkulowaniu cen w zakresie usługi ochrony; przedstawił przyjęte założenia do kalkulacji ceny oferty, zamierzoną łączną ilość osób do zatrudnienia, w tym wyszczególnił ilość osób z orzeczoną niepełnosprawnością ze wskazaniem stopni, zatrudnionych na podstawie umów o pracę, ilość osób zatrudnionych na podstawie umów zlecenia – z zaznaczeniem, że wynagrodzenie tych osób nie będzie niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę.

34

Wskazał: elementy wyposażenia pracowników niekwalifikowanych, kwalifikowanych, kwalifikowanych z bronią; koszty patrolu interwencyjnego; koszty miesięcznego monitoringu obiektu objętego systemem alarmowym, specyfikując 4 szczegółowe pozycje, w tym marżę wykonawcy; koszty za nielimitowaną ilość reakcji grupy nieinterwencyjnej w obiekcie nie objętym systemem alarmowym, podłączenie jednego nadajnika GSM ze wskazaniem marży; koszty usług ochrony świadczonej przez kwalifikowanych pracowników z legitymacją osoby z bronią, zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Wskazał obiektywne czynniki wpływające na koszty zamówienia (sprzęt, wyposażenie); upusty, korzystne ceny rentalu odzieży służbowej; zmniejszenie narzutu na koszty bezpośrednie; łączne wynagrodzenie za poszczególne okresy świadczenia usługi. Załączył 4 tabele przedstawiające szczegółowe kalkulacje cenowe dotyczące kosztów zatrudnienia pracowników kwalifikowanych, niekwalifikowanych, kwalifikowanych z bronią, w tym – wynagrodzenie, wyposażenie, koszty polisy, czynszu najmu oraz marży wykonawcy; koszty patrolu, paliwa, monitoringu reakcji grupy interwencyjnej, podłączenia jednego nadajnika ze wskazaniem w każdej pozycji marży. Załączył 10 decyzji administracyjnych Wojewody Dolnośląskiego w sprawie nadania statusu zakładu pracy chronionej (decyzja pierwotna i zmieniające). W końcowej części pisma (3/4 strony) zamieścił uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powołując się na spełnienie przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający uznał zastrzeżenie informacji dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jako skuteczne, również uzasadnienie zastrzeżenia, zamieszczone w treści informacji zastrzeżonych, wskazując w odpowiedzi na odwołanie m.in. *„Zamawiający zapoznawszy się zarówno z uzasadnieniem do objęcia wyjaśnień w zakresie ceny, jak i samymi wyjaśnieniami nie miał wątpliwości, że zawierają one informacje prezentujące wartość gospodarczą, nieujawnione przez Przystępującego do wiadomości publicznej, co do których Przystępujący podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Spełnione zatem zostały wszystkie elementy, o których mówi art. 11 ust. 4 uznk, aby uznać, że ww. wyjaśnienia obejmują informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu tego przepisu.”*

Przystępujący przedkładając do akt sprawy na rozprawie w dniu 26 lipca 2016 r. pismo z dnia 21 lipca 2016 r. zatytułowane „Dotyczy: stanowiska Przystępującego w stosunku do zarzutów Odwołującego (...)", składające się z trzech części, w tym punkt 2. „Stanowisko Przystępującego w odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny”, z ostatnią stroną tego pisma, dziewiątą w kolejności, przedstawiającą 3/4 tekstu jako część jawną (przekopiowane uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zamieszczone w wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej na trzeciej stronie pisma z dnia 14-06-2016 r.)

35

– oraz przekazując w takim kształcie kopię pisma odwołującemu, ujawnił uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zamieszczone w wyjaśnieniach dotyczących ceny rażąco niskiej, w piśmie z dnia 14-06-2016 r.

W powyższy sposób przystępujący ujawnił decyzje administracyjne Wojewody Dolnośląskiego: z 9 lutego 2005 r., D1/0003/2005 – przyznanie statusu zakładu pracy chronionej; decyzje zmieniające datowane: 27 lipca 2005 r.; 14 października 2005 r.; 20 grudnia 2005 r.; 10 lutego 2006 r.; 27 marca 2006 r.; 22 czerwca 2006 r.; 15 lutego 2007 r., 8 listopada 2007 r., 21 sierpnia 2008 r. (załączone do wyjaśnień rażąco niskiej ceny), składające je jako jawne załączniki do pisma z dnia 21 lipca 2016 r. i przekazując w takim kształcie odwołującemu.

Ujawnienie informacji zastrzeżonych spowodowało utratę przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie wskazanych dokumentów, ze skutkiem bezprzedmiotowości

zarzutu.

Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w części II zamówienia (stosownie do zarzutu odwołania).

Przedsiębiorstwo Usługowe TOMBOR C. T. J. T. s.j. wskazując, że jest członkiem Polskiej Izby Ochrony, wniosło do zamawiającego dwa wnioski z dnia 21.06.2016 r. dotyczące prowadzonego postępowania o dzielenie zamówienia, odnośnie ceny oferty przystępującego. Zamawiający zwrócił się do przystępującego pismem z dnia 27.06.2016 r., wskazał zadanie 2 (część II zamówienia), prosił na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o odniesienie się do argumentów podnoszonych we wniosku przedsiębiorstwa. Załączył 2 wnioski przedsiębiorcy – dotyczące części II i III zamówienia.

Przystępujący złożył wyjaśnienia z dnia 29-06-2016 r. w zakresie kalkulacji stawki wynagrodzenia dla kwalifikowanego pracownika ochrony z bronią, zatrudnionego na umowę o pracę (w zadaniu /częściach/ nr 2 i 3), zastrzegając objęcie informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia. Wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany w dniu 27.06.2016 r., w tym dniu zamawiający przesłał odwołującemu Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej – str. 4 odwołania.

Przepisy prawne wskazane w podstawie prawnej zarzutów stanowią:

- art. 90 ust. 1 ustawy Pzp: „Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości z przez wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie wymaganiami określonymi zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert,

36

zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów”;

- art. 87 ust. 1 Pzp: W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści;

- 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu;

- art. 11 ust. 4 uznk: Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nie ujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, handlowe lub organizacyjne przedsiębiorstwa, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności;

- art. 7 ust. 1 Pzp: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
oraz

- art. 191 ust. 2 Pzp: Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Oceniając powyższe Izba wskazuje, jak podniesiono wyżej w związku z przywołaniem art. 180 ust. 1 Pzp, że w postępowaniu odwoławczym ocenie Izby podlega niezgodna

z przepisami ustawy czynność zamawiającego podjęta w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Zatem, okoliczności faktyczne stanowiące podstawę zarzutu wobec

37

czynności lub zaniechania czynności, musiały stanowić uprzednio przedmiot oceny zamawiającego.

Wobec ujawnienia przez przystępującego:

-uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, dotyczącego wyjaśnień przystępującego z dnia 14-06-2016 r. w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, złożonych na wezwanie zamawiającego z dnia 09.06.2016 r., na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp w części I zamówienia, -oraz załączników do wyjaśnień w postaci 10 decyzji administracyjnych

– przez ich udostępnienie odwołującemu – zgodnie ze stanem rzeczy ustalonym w toku postępowania – zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, w czasie orzekania Izby, dotyczyło w I części zamówienia wyłącznie wyjaśnień przystępującego z załącznikami w postaci 4 tabel złożonych w dniu 14 czerwca 2016 r. i wyłącznie to zastrzeżenie stanowiło przedmiot oceny w postępowaniu odwoławczym.

Oceniając stanowisko zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, wskazujące skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba podzieliła argumentację co do braku podstaw do odtajnienia zastrzeżonych informacji, gdyż stanowią one rodzaj informacji, o jakich mowa w art. 11 ust. 4 uznk.

Zgodnie ze wskazanym przepisem, 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. W orzecznictwie przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny, jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Inne informacje mające wartość gospodarczą, to w szczególności informacje handlowe, dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, źródła zaopatrzenia i zbytu, informacje związane z działalnością marketingową, a przede wszystkim *know-how* przedsiębiorcy, w szczególności gdy informacje dotyczą kształtowania ceny oferty usługi zorganizowanej i oferowanej na podstawie własnych zasobów wykonawcy, świadczonej w oparciu o posiadane zaplecze techniczne na podstawie pracy osób zatrudnionych bądź zatrudnianych w tym celu.

Istotą zastrzeżenia informacji jest jej poufność, tj. nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem (wyrok Izby z dnia 20 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1172/11).

38

Na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy, obowiązkiem oceny, czy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią taką tajemnicę – nie później niż w terminie składania ofert – został obciążony zamawiający. Właściwe/zgodne z przepisem zastrzeżenie i wykazanie w stosownym czasie ustawowych przesłanek zastrzeżenia, powoduje obowiązek zamawiającego nie ujawniania informacji i odwrotnie – niewłaściwe zastrzeżenie bądź nie wykazanie tajemnicy przedsiębiorstwa nie później niż w terminie składania ofert, powoduje skutek wynikający z przepisu art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy – nieskuteczność nakazu nie ujawniania zastrzeżonych informacji.

W opinii Urzędu Zamówień Publicznych pt. „*Tajemnica przedsiębiorstwa w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 29 sierpnia 2014 r.*” (www.uzp.gov.pl) wskazano m.in., że w odniesieniu do badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i oceny wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zachowuje aktualność stanowisko Sądu Najwyższego – wyrażone w uchwale z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05, aprobujące możliwość

dokonania przez zamawiającego czynności wezwania wykonawcy do wyjaśnień treści oferty, w przypadku wątpliwości co wskazanego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajności określonych części oferty – za którego utrzymaniem w obecnym stanie prawnym przemawia fakt, że nowelizacja art. 8 ust. 3 ustawy Pzp potwierdziła jedynie, wypracowaną przez orzecznictwo KIO oraz sądów, wykładnię powyższego przepisu. W podsumowaniu wskazano, że w sytuacji jednoznacznej oceny dokonanej przez zamawiającego, że wykonawca do upływu terminu składania ofert nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zachodzi wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji, które zamawiający zobowiązany jest ujawnić. Natomiast, jeżeli wykonawca podjął czynności, zmierzające do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, ale nie wykazał dostatecznie, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a zamawiający posiada w tym zakresie wątpliwości, może on zwrócić się do wykonawcy o ich wyjaśnienie.

Z powyższego wynika, że tylko w przypadku niewątpliwego potwierdzenia, że zastrzeżone informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający jest zwolniony z obowiązku nie ujawniania informacji.

Mając na uwadze, że skutki wyłączenia tajemnicy przedsiębiorstwa są nieodwracalne, zaś odpowiedzialność za bezpodstawne ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa znajduje uregulowanie w art. 23 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tak też w wyroku z dnia 30 września 2014 r., sygn. akt KIO 1898/14), Izba uznała, że zamawiający zasadnie ocenił zastrzeżenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jako niepodlegających ujawnianiu wobec treści tych informacji: „Wyjaśnienia zawierają konkretne obliczenia, zastosowane upusty, marże oraz koszty, których ujawnienie mogłoby

39

w sposób oczywisty narazić wykonawcę IMPEL na starty, a pośrednio zawierały również i koncepcję co do sposobu realizacji zamówienia. Pozyskanie tego rodzaju danych przez konkurentów Przystępującego (a do takich należy Odwołujący) dawałoby im przewagę na rynku przedmiotowych usług. Z tych też względów jest zrozumiałe, że te szczegółowe wyliczenia dotyczące ceny zostały przez IMPEL objęte tajemnicą. Ze względu na prowadzoną działalność Odwołujący jest z oczywistych względów zainteresowany pozyskaniem tych informacji nie tylko po to, aby zweryfikować prawidłowość działań Zamawiającego, czy też ocenić rynkowość ceny Przystępującego, ale również po to, by zyskać przewagę konkurencyjną w przyszłych przetargach. (...) Zasadność objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa znajduje potwierdzenie m.in. w wyroku KIO z dnia 1 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 995/12 gdzie Izba podniosła, że „Szczegółowy opis sposobu kalkulacji ceny oferty stanowi istotną dla przedsiębiorcy informację o wartości gospodarczej ze względu na zachowanie konkurencyjności firmy na danym rynku. W złożonych wyjaśnieniach zawarto szczegółowy opis elementów składowych ceny oraz sposobu jej kalkulacji z uwzględnieniem m.in. kosztów bezpośrednich, kosztów pośrednich, kosztów administracyjnych i operacyjnych, a także marginesu zysku. Powyższe informacje nie są dostępne powszechnie, a dostęp do nich, jak wyjaśnił wykonawca, jest objęty skuteczną ochroną”. Dlatego też powszechną i nie budzącą wątpliwości praktyką w sytuacjach tego rodzaju jest utajnianie wyjaśnień w sprawie ceny oferty. Wyjaśnienia w sprawie ceny, w których ciężar dowodowy leży po stronie wykonawcy, wymagają od niego niejednokrotnie ujawnienia i pokazania zamawiającemu szczegółowych aspektów dotyczących obliczenia ceny, nie wymaganych w ramach składania oferty. Cena korzystna i konkurencyjna w skomplikowanych, złożonych i dużych przetargach zwykle opiera się na wieloletnich doświadczeniach w realizacji podobnych projektów, unikalnym know-how, wypracowanym w relacjach handlowych i biznesowych z podwykonawcami, współpracownikami, czy umiejętności skutecznego optymalizowania biznesowego, widocznego w takich wyjaśnieniach, czy ceny. Ich ujawnienie te obliczenia pokazałoby konkurencji wypracowane sposoby. Takich jest Wartość informacji gospodarcza niewątpliwa. W kontekście powyższego, przedsiębiorcy każdorazowo podejmują kroki celem ograniczenia kręgu osób, które mają dostęp do takich informacji. Deklarację w takim zakresie w swoich wyjaśnieniach złożył również wykonawca IMPEL. Powyższe znajduje uzasadnienie w orzecznictwie, w tym m.in. w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 9 czerwca 2006 r., UZP/ZO/0-1625/06, w którym stwierdza się m.in.: „Żaden (...) podmiot działający na rynku konkurencyjnym nie ujawnia szczegółów dotyczących stosowanej przez siebie marży, w związku z czym spełnione są dwie przesłanki uznania tego rodzaju informacji za tajemnicę

wymienionych informacji w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego należy potraktować jako spełnienie trzeciej przesłanki uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa tj. podjęcie przez przedsiębiorcę działań niezbędnych do zachowania jej poufności.”

Uzasadnienie zastrzeżenia zamieszczone bezpośrednio w treści wyjaśnień nawiązuje, co do zasady, do zastrzeżonej treści i częstą praktyką jest również nieujawnianie uzasadnienia z tego powodu. Uzasadnienie zastrzeżenia stanowi jeden ze sposobów wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że jeśli z treści zastrzeżonych informacji wynika, że stanowią one wartości wymienione w przepisie art. 11 ust. 4 uznk, uzasadnienie zastrzeżenia bez przytoczenia treści wskazanego przepisu, czy nawet bez szczegółowości opisu, nie stanowi o wadliwości zastrzeżenia.

Wobec treści zastrzeżonych informacji, oczywistych w świetle przepisu art. 11 ust. 4 uznk, zamawiający uznał uzasadnienie zastrzeżenia za wystarczające, nie miał wątpliwości co do celu jakiego mają służyć i nie wzywał przystępującego do składania wyjaśnień w tym zakresie.

Izba dzieląc ocenę zamawiającego, że pozyskanie informacji jest istotne dla odwołującego nie tylko w tym postępowaniu lecz również w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia, gdyż: „Pozyskanie tego rodzaju danych przez konkurentów Przystępującego (a do takich należy Odwołujący) dawałoby im przewagę na rynku przedmiotowych usług”, przy braku podważenia oceny zamawiającego przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie, uznała zarzut dotyczący utajnienia wyjaśnień przystępującego z dnia 14 czerwca 2016 r. za niezasługujący na uwzględnienie.

Zastrzeżenie wyjaśnień i uzasadnienia zastrzeżenia przystępującego udzielonych na wezwanie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy.

Wniosek zamawiającego z dnia 27.06.2016 r. skierowany do przystępującego, mimo wskazania art. 87 ust. 1 ustawy, nie jest żądaniem złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w rozumieniu tego przepisu. Zamawiający podjął czynność poza procedurą badania i oceny ofert, na podstawie wniosków podmiotu, który nie jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 w zw. z art. 23 ustawy Pzp w tym postępowaniu (podmiot samodzielny).

W postępowaniach o wartości zamówienia większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, nie przysługuje wykonawcom uprawnienie, o którym stanowi przepis art. 181 ust. 1 ustawy, tym bardziej nie przysługuje podmiotom, które nie mają statusu wykonawcy w postępowaniu.

Na wniosek zamawiającego z dnia 27 czerwca 2016 r., w którym dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej, przystępujący złożył wyjaśnienia w dniu 29.06.2016 r., po zakończonym wyborze oferty najkorzystniejszej i zawiadomieniu o tej czynności wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

Wyjaśnienia przystępującego nie stanowiły przedmiotu oceny zamawiającego w toku badania i oceny oferty przystępującego (oświadczenie złożone na rozprawie, nie mogły stanowić chociażby ze względu na datę ich złożenia). Stąd czynność zamawiającego i skutki tej czynności, niebędącej czynnością związaną z badaniem i oceną oferty przystępującego, nie stanowią przedmiotu badania i oceny w postępowaniu odwoławczym oraz rozstrzygnięcia w orzeczeniu Izby. Tym bardziej brak jest podstawy, by wnioskowi zamawiającego przypisać walor wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy.

Na odmienność tych trybów Izba wskazała w wyroku z dnia z dnia 19 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 791/13, uznając: „Oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Przede wszystkim Izba uznała, że niezasadne byłoby uznanie wezwania skierowanego do przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp za wezwanie

do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę, o którym stanowi art. 90 ust. 1 Pzp. Istotnie, w treści wezwania zamawiający wezwał do wyjaśnień w taki sposób, że odpowiedź na nie może mieć znaczenie dla badania ceny oferty. Jest to jednak niewystarczające dla uznania, że miało miejsce wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę odpowiadające art. 90 ust. 1 Pzp. Dostrzeżenia wymaga, że wyjaśnienia treści oferty oraz wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę mają z punktu widzenia wykonawcy różną doniosłość prawną, mimo że są wykorzystywane przez zamawiającego w toku jednej czynności – badania oferty. Wykonawca wezwany do wyjaśnienia treści oferty może nie udzielić żądanych wyjaśnień, a jedyną konsekwencją takiego zaniechania będzie to, że zamawiający oceni ofertę wyłącznie na podstawie jej treści. Natomiast bierność wykonawcy i brak złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę powoduje bezwzględną konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. (...) Doniosłość trybu wskazanego w art. 90 ust. 1 Pzp na gruncie przepisów ustawy podkreślona jest również tym, że – inaczej niż w przypadku wyjaśnienia treści oferty – ustawodawca w art. 90 ust. 3 Pzp sformułował dyrektywę oceny udzielanych przez wykonawcę wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę, które zamawiający jest zobowiązany uwzględniać w toku oceny wyjaśnień. Znaczenie instytucji wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę dostrzegane jest powszechnie w orzecznictwie, w którym wyrażany jest pogląd, że wezwanie dokonane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp statuuje domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej, które wykonawca zobowiązany jest obalić, pod rygorem odrzucenia oferty. Z tego względu, jeśli zamawiający

42

chce skorzystać z trybu art. 90 ust. 1 Pzp winien swą wolę wyrazić jednoznacznie, ze wskazaniem prawidłowej podstawy prawnej wykonywanej czynności. W przeciwnym razie wykonawcy narażeni byłiby na arbitralne działania i oceny zamawiającego, co na gruncie postanowienia o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno mieć miejsca, gdyż godzi w zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.”

Z przedstawionych okoliczności wynika, że brak jest podstaw by przypisać zamawiającemu naruszenie przepisów ustaw wskazanych w pkt Ad 1 (art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uzk, art. 90 ust. 1, art. 7 ust. 1 Pzp).

Ad 2. Zaniechanie odrzucenia oferty Impel – zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia dla części I i (ewentualnie) II, co stanowi naruszenie:

a) art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 w zw. z art. 7 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty w sytuacji, gdy wykonawca złożył ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Impel, mimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę (dla części I i ewentualnie, tj. w razie przyjęcia, że wezwanie z dnia 27 czerwca 2016 r. stanowiło wezwanie z art. 90 ust. 1 Pzp także dla części II),

b) art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wobec tego, że z samej treści wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wynika, że cena ofertowa wykonawcy jest rażąco niska; Zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 90 ust. 3 Pzp jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, mimo że nie obalił on domniemania, że cena oferty jest rażąco niska.

Obowiązek wszczynania procedury na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp występuje w każdym przypadku, gdy zamawiający ustali, że zachodzi co najmniej jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności. Próg 30% stanowi jedynie przykładowy, ale jednocześnie maksymalny limit wartości, który może być odpowiednio obniżony przez zamawiającego, w zależności od okoliczności dotyczących przedmiotu zamówienia. Również w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa np. o 10% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, w okolicznościach związanych z konkretnym zamówieniem, zamawiający ma prawo powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę. Zaistnienie wątpliwości po stronie zamawiającego stanowi podstawową okoliczność uruchamiającą procedurę żądania wyjaśnień w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Bez względu na brak zaistnienia okoliczności wymienionych przykładowo w art. 90 ust. 1 Pzp, w razie wystąpienia

wątpliwości odnośnie wartości zaoferowanej przez wykonawcę ceny, zamawiający jest zawsze uprawniony wezwać wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień (na podstawie opinii pt. *„Rażąco niska cena w świetle obowiązujących od dnia 19 października 2014 r. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych”* – strona www.uzp.gov.pl).

Wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień oznacza obowiązek wykazania, że zaproponowana przez wykonawcę cena nie ma charakteru rażąco niskiej, a więc wykazania istotnych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny – art. 90 ust. 2 Pzp (*obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy*).

W przypadku nie złożenia wyjaśnień lub gdy ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający odrzuca ofertę – art. 90 ust. 3 Pzp.

O tym, czy cena oferty jest rażąco niska, rozstrzyga na etapie postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, na podstawie posiadanych dokumentów, w szczególności wyjaśnień wykonawcy i załączonych do wyjaśnień dowodów, ocenianych w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania.

Konsekwencją uznania ceny rażąco niskiej na podstawie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, jest też zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp (*„zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”*).

Przepis art. 90 ust. 1 Pzp, zarówno w poprzednim stanie prawnym, jak i po zmianie ustawy, nie określał czy zwrócenie się do wykonawcy ma być wyłącznie jednorazowe, czy też nie. Treść przepisu *„zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień”* wskazująca na charakter fakultatywny, tożsama z poprzednim brzmieniem, w przeciwieństwie do innych przepisów np. art. 26 ust. 3 Pzp *„zamawiający wzywa wykonawców”* o charakterze zobowiązującym, stanowiła podstawę uznania w orzecznictwie, że w określonych sytuacjach wezwanie może być powtórzone.

W opinii zamieszczonej w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 11/2013 Opinie prawne pt. *„Badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia”* (wydanej przed nowelizacją Pzp – art. 90 ust. 1), wskazano powołując się na dyrektywę klasyczną i wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r., sygn. akt V Ga 122/10, że brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia nie rozwiązywały wątpliwości zamawiającego związanych z „rażąco niską ceną”.

Przedstawione stanowisko znajduje potwierdzenie w dyrektywach z dnia 26 lutego 2014 r.: procedurę weryfikacji rażąco niskich ofert regulują art. 69 dyrektywy 2014/24/UE – ust. 3. *„Instytucja zamawiająca ocenia dostarczone informacje w drodze konsultacji z oferentem. Może ona odrzucić ofertę wyłącznie w przypadku, gdy dostarczone dowody nie*

uzasadniają w zadowalającym stopniu niskiego poziomu proponowanej ceny lub proponowanych kosztów” i art. 84 dyrektywy 2014/25/UE – ust. 3. *„Podmiot zamawiający ocenia dostarczone informacje, konsultując się z oferentem. Może on odrzucić ofertę wyłącznie w przypadku, gdy przedstawione dowody nie uzasadniają w zadowalającym stopniu niskiego poziomu proponowanej ceny lub proponowanych kosztów, biorąc pod uwagę elementy, o których mowa w ust. 2).”*

W przywołanej już opinii UZP pt. *„Rażąco niska cena w świetle obowiązujących od dnia 19 października 2014 r. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych”* wskazano również: *„W przekazanym wykonawcy wezwaniu zamawiający powinien przy tym w sposób wyraźny i możliwie precyzyjny określić żądany zakres wyjaśnień. Zamawiający może żądać, jeżeli zaistnieje taka potrzeba, doprecyzowania lub szerszych informacji w zakresie przekazanych przez wykonawcę wyjaśnień.”*

Izba podziela zasadność stanowiska, odzwierciedlonego też w orzecznictwie co do możliwości zamawiającego dodatkowego wezwania wykonawcy w celu doprecyzowania lub udzielenia szerszych informacji w zakresie przekazanych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest to jednak uprawnienie wynikające z wątpliwości zamawiającego, a nie obowiązek ustawowy.

Zmiana przepisu art. 90 ust. 1 ustawy była następstwem oczekiwanej regulacji

w zakresie ustalenia progu ceny oferty wskazującego ewentualność wystąpienia ceny rażąco niskiej. Słusznie zamawiający wskazał, że próg zobowiązania i uprawnienia zamawiającego w przedmiocie badania ceny oferty, jest to kwestia matematyki.

Zamawiający ze względu na przekroczenie progów procentowego porównania ceny oferty przystępującego z wartością zamówienia zwiększoną o kwotę podatku VAT i średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert, był zobowiązany w części I zamówienia do zwrócenia się do przystępującego zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy o złożeniu wyjaśnień z dowodami, co uczynił ograniczając treść wezwania do treści wynikającej z przepisu, co z kolei wskazuje na oczekiwanie wyjaśnień w granicach wynikających z wezwania.

Przystępujący złożył wyjaśnienia w zakresie odpowiadającym wezwaniu, przedstawiając koszty kształtujące cenę oferty w postępowaniu, którego przedmiotem jest usługa jako efekt pracy zatrudnionych osób (opis zakresu wyjaśnień z uwzględnieniem faktu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, został przedstawiony w Ad 1.).

Na podstawie wyjaśnień zamawiający dokonał, zdaniem Izby, logicznej, przekonującej oceny co do realności wskazanej ceny, która pozwoli wykonać usługę w sposób oczekiwany przez zamawiającego. W uzasadnieniu stanowiska zamawiający w szczególności wskazał (streszczenie głównych wątków):

45

Przystępujący złożył w wymaganym terminie wyjaśnienia, które jasny, wyczerpujący i spójny sposób potwierdziły, że oferowana przez niego cena jest realna, rynkowa i w żadnym stopniu nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. Odniósł się do wszystkich elementów cenotwórczych oferty oraz przedstawił dowody zawierające szczegółowe kalkulacje składających się na nią elementów. Przystępujący wskazał: a) ile osób zamierza zaangażować do świadczenia usług ochrony przy realizacji I części zamówienia i na jakiej podstawie będą one świadczyć pracę, b) elementy wyposażenia, jakie ujął w cenę oferty, c) składniki wynagrodzenia pracowników i współpracowników ze szczegółowym podziałem na elementy mające na nie wpływ, d) koszty pozostałych elementów cenotwórczych z rozbiciem na poszczególne elementy składające się na ich finalną wysokość. Wskazując na poszczególne elementy cenotwórcze IMPEL wyodrębnił w nich też marżę, co potwierdza rentowność i realność oferowanej przez niego ceny oraz to, że nie jest ona ceną poniżej kosztów realizacji zamówienia. Przystępujący przedstawił także dodatkowe czynniki i okoliczności, które umożliwiły mu złożenie oferty korzystniejszej niż inni wykonawcy. Są to, m.in. (...) – tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający wyraził przekonanie, że wskazane przez IMPEL okoliczności mające wpływ na korzystność ceny oferty IMPEL były: wiarygodne i przekonujące a przedstawione dowody – adekwatne do przedmiotu zamówienia. Część I zamówienia, jak zresztą wszystkie pozostałe, dotyczy usług ochrony, których wykonywanie opiera się w przeważającym zakresie na czynniku ludzkim. Do ich realizacji niezbędne są przede wszystkim odpowiednie zasoby osobowe, w tym przypadku kwalifikowani, jak i niekwalifikowani pracownicy ochrony. Z tego względu to właśnie koszty wykonywania przez te osoby pracy stanowiły główny czynnik cenotwórczy w ramach zamówienia, którego wysokość zależy od wykonawcy (a nie podmiotów zewnętrznych). Dlatego też, przedłożone przez IMPEL dowody wewnętrzne zawierające obliczenia dotyczące wynagrodzenia pracowników i współpracowników IMPEL były wystarczające do wykazania rynkowości ceny całej oferty. Oferowana przez Przystępującego w ofercie cena za usługi ochrony nie była istotnie korzystniejsza od cen oferowanych w tym zakresie przez Odwołującego. Jak wynika z porównania obu ofert w tym zakresie różnice pomiędzy cenami jednostkowymi wahały się od 0,81 zł do 10,78 zł. Największa różnica pomiędzy stawką godzinową za usługę ochrony pomiędzy dwiema porównywanymi ofertami, która wyniosła 10,78 zł dotyczyła usług mających znikomy wpływ na wysokość ceny (pozycja 3 tabela 1) – do obliczenia ceny brana była tylko jedna godzina tego typu usług [Zamawiający wskazał tę pozycję do wyceny w formularzu cenowym, w przypadku, gdyby w związku z objęciem umową nowego obiektu o obowiązkowej ochronie lub zmiany kwalifikacji obiektu istniejącego na obiekt o obowiązkowej ochronie, pojawiła się konieczność zapewnienia ochrony przez pracowników kwalifikowanych z legitymacją osoby dopuszczoną do posiadania broni (co zostało przewidziane w zapisach § 27 projektu umowy). Taki zabieg zabezpiecza interes

46

Zamawiającego na przyszłość, pozwala realizować umowę w sposób optymalny bez zbędnych negocjacji co do właściwego ustalenia wysokości świadczenia w tym przypadku]. Inni wykonawcy składający oferty w postępowaniu również wycenili tę usługę na niższym poziomie niż Odwołujący, który zaoferował stawkę w wysokości 25 zł za godzinę (EKOTRADE - 16,10 zł; ERA - 20,30 zł; RENOMA - 18 zł). Różnica w cenach ofert Impel i Odwołującego wynosi: 1. Świadczenie usług ochrony przez kwalifikowanego pracownika ochrony/stawka za godzinę: 11,44 zł; 15,57 zł; 4,13 zł; 2. Świadczenie usług ochrony przez kwalifikowanego pracownika ochrony z legitymacją osoby dopuszczonej do posiadania broni/stawka za godzinę: 13,57 zł; 15,46 zł; 1,89 zł 3. Świadczenie usług ochrony przez kwalifikowanego pracownika ochrony z legitymacją osoby dopuszczonej do posiadania broni zatrudnionego na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy/stawka za godzinę: 14,22 zł; 25 zł; 10,78 zł; 4. Świadczenie usług ochrony przez pracownika niekwalifikowanego/stawka za godzinę: 8,64 zł; 9,45 zł; 0,81 zł. Zamawiający uznał, że występowanie tego rodzaju różnic cenowych jest naturalną konsekwencją istnienia konkurencji na rynku i w żadnym wypadku nie może automatycznie świadczyć o oferowaniu nierynkowej ceny, zwłaszcza gdy wykonawca przedstawia wiarygodne wyjaśnienia na to, że osiągnięcie korzystnej ceny wynika z istnienia szeregu okoliczności, które pozwalają mu na ograniczanie kosztów działalności oraz optymalizację oferowanej ceny (wyrok z dnia 31 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1767/13). Wskazał, że oceniając realność zaoferowanej ceny należy brać pod uwagę cenę dotyczącą całego przedmiotu zamówienia, a cena końcowa oferty IMPEL nie budzi wątpliwości Zamawiającego co do rynkowości. Zamawiający zwrócił uwagę, że w pewnych pozycjach zawartych w formularzu cenowym, dotyczących kosztów monitoringu czy podłączenia nadajnika GPS, oferta Przystępującego, jak i 2 innych wykonawców, zawierała mniej korzystne tj. wyższe lub porównywalne stawki do tych oferowanych przez odwołującego.

Porównanie cen: IMPEL – Konsorcjum DGP – EKOTRADE – ERA (pozycje od 7 do 9): Zryczałtowane miesięczne wynagrodzenie za monitorowanie obiektu/miesięcznie (pozycja 7 w formularzu cenowym): 135 zł; 60 zł; 55 zł; 00 zł; Zryczałtowane miesięczne wynagrodzenie za nielimitowaną ilość reakcji grupy Interwencyjnej/miesięcznie (pozycja 8 w formularzu cenowym): 125 zł; 70 zł; 70 zł; 75 zł; Zryczałtowana opłata za podłączenie jednego nadajnika GSM/podłączenie: 150 zł; 150 zł; 100 zł; 150 zł.

Gdyby o rażąco niskiej cenie miały decydować poszczególne elementy cenotwórcze oferty, to można by ten zarzut podnieść także wobec Odwołującego i pozostałych wykonawców w odniesieniu do wskazanych wyżej elementów kosztorysu, co dowodzi, że każdy przedsiębiorca stosuje swoje sposoby optymalizacji działalności. Co do możliwości uzyskania częściowego zwrotu kosztów z PFRON, zamawiający zwrócił uwagę, że w części I zamówienia znaczny jego zakres obejmował usługi wykonywane przez osoby nie mające

47

kwalifikacji (poz. 4 formularza ofertowego). Usługi te polegają, w szczególności, na rejestrowaniu osób, które wchodzi do obiektu czy osób, które pobierają klucze od pomieszczeń, a osoby je wykonujące nie są wyposażone w środki przymusu bezpośredniego tj. paralizatory, broń, kajdanki. Nie są to więc prace wymagające pełnej sprawności fizycznej, dlatego też twierdzenie, że nie mogą ich wykonywać osoby mające umiarkowany czy lekki stopień niepełnosprawności jest nieuprawnioną dyskryminacją. Z tego też względu brak jest podstaw dla zarzutu uwzględnienia dotacji z PFRON, które przystępującemu przysługują, (art. 90 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazuje udzieloną na podstawie odrębnych przepisów pomoc publiczną).

Zamawiający podniósł, że różnica pomiędzy ceną oferty IMPEL a wartością zamówienia oraz średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert jedynie nieznacznie przekracza poza 30%. Ponadto, nie bez znaczenia jest, że na powstanie takiej różnicy w zakresie średniej arytmetycznej ofert wpłynęła istotnie oferta jednego z wykonawców – konsorcjum Solid Security sp. z o.o. oraz Solid sp. z o.o., której wartość znacznie odbiegała od cen ofert innych wykonawców i sztucznie zawyżała średnią arytmetyczną stanowiącą tu punkt odniesienia.

Zamawiający podkreślił też, że oferta IMPEL (17.120.456,91 zł) była jedynie o 18,24% niższa o drugiej z kolei oferty (Odwołującego 20.937.906,48 zł), co nie jest zdaniem różnicą istotną w odniesieniu do całkowitej wartości zamówienia.

Cena zaoferowana przez IMPEL nie wykazuje cech rażąco niskiej. Zamawiający podkreślił, że wyjaśnienia IMPEL w sposób wyczerpujący i niebudzący wątpliwości

potwierdzają, że cena ta jest realna, rynkowa, a jej wysokość jest ściśle związana z szeregiem czynników, które wpłynęły na jej obniżenie, a tym samym złożenie najkorzystniejszej w postępowaniu oferty.

Powyższe wskazuje, że zamawiający pozytywnie ocenił wyjaśnienia wykonawcy uznając, że wraz z dowodami nie potwierdzają rażąco niskiej ceny oferty. W sposób przejrzysty przedstawił swoje stanowisko, potwierdzające przeprowadzoną analizę wyjaśnień i wewnętrznych dowodów przystępującego.

W ocenie Izby, ocena zamawiającego pozwala uznać, że wykonawca przedstawił elementy oferty wskazujące oszczędność wykonania zamówienia, rozwiązania przyjęte dla realizacji zamówienia, sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla tego wykonawcy, uwzględnienie kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie jest niższa niż minimalne wynagrodzenie za pracę, co odpowiada treści wezwania mającego źródło w treści art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Przepis ten stanowi o kosztach pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny oferty nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonego na podstawie przepisów wskazanych w przywołanym artykule (aktualnie jest to kwota 1850 zł

48

miesięcznie). Wskazany przepis nie może być interpretowany w sposób odmienny niż wynika to z jego treści, w szczególności nie wynika z przepisu przeliczanie minimalnego wynagrodzenia na roboczogodziny i na tej podstawie wnioskowania, że cena oferty jest rażąco niska, w sytuacji, gdy z wyjaśnień i dowodów wynika uwzględnienie w cenie oferty kosztów pracy w sposób określony w przepisie. Przystępujący złożył na rozprawie obszernie uzasadnienie korespondujące z wyjaśnieniami złożonymi na wezwanie zamawiającego, wskazujące potwierdzenie ustawowych wymagań (tajemnica przedsiębiorstwa).

Należy przyjąć, że wykonawca wskazał informacje dotyczące ceny oferty z możliwością ich przełożenia na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwość ich weryfikacji oraz oceny wiarygodności – wyrok z dnia 25 lutego 2015 r., KIO 178/15, KIO 197/15, KO 198/15.

Odwolujący dopuszczając warunkowo w odwołaniu możliwość powtórzenia oceny wyjaśnień z ich uzupełnieniem, na rozprawie jednoznacznie wyprzedzająco uznał, że wszelkie uzupełnienia, powtórzenia oceny są niedopuszczalne, a oferta przystępującego jest niedoszacowana i podlega odrzuceniu jako przedstawiająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie odnosząc przy tym ceny oferty do przedmiotu zamówienia lecz do wybranych cen jednostkowych (istotnych ale jednostkowych).

Przepis art. 90 ust. 3 ustawy zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy (wyłącznie), który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przystępujący złożył wyjaśnienia, nie została spełniona pierwsza przesłanka przepisu. Nie można uznać, że wyjaśnienia potwierdzają rażąco niską cenę oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, mając na uwadze ugruntowane orzecznictwo na temat rażąco niskiej ceny, w szczególności:

1. Sąd Okręgowy w Katowicach:

-w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07: „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiście jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę”;

-w wyroku z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08: „Istotna jest bowiem cena końcowa i ta powinna zostać oceniona pod kątem rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. (...) Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska, to taka która jest nierealistyczna, niewiarygodna

49

w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”;

-w wyroku z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt XIX Ga 179/13, odnośnie miernika ceny oferty: *na chwilę oceny oferty jedynie rzeczywiście obiektywnym miernikiem tego czy cena jest niska jest wartość zamówienia z podatkiem VAT.*

2. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. akt X Ga 127/08:

„przepisy Pzp ani przepisy unijne czy też orzecznictwo zarówno krajowe, jak i ETS nie wykształciło definicji pojęcia „rażąco niska cena”. (...) W czasie wstępnego badania, w którym pod uwagę należy brać, co do zasady, całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie poszczególne pozycje czy składniki ceny, zamawiający nabierze podejrzeń czy przypuszczeń, co do zbyt niskiej proponowanej przez wykonawcę ceny, wszczyna procedurę wyjaśnienia. (...). Zatem, charakter ceny rażąco niskiej można przypisać, gdy jest ona niewiarygodna i nierealna w stosunku do obowiązujących cen rynkowych”.

W wyroku z dnia 12 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1569/13, wskazywanym przez odwołującego na rozprawie w związku ze stanowiskiem, że dla zarzutu rażąco niskiej ceny oferty wystarczające jest uprawdopodobnienie rażąco niskiej ceny, wykonawca którego ofertę kwestionowano z powodu ceny, potwierdził rażąco niską cenę swojej oferty i w postępowaniu odwoławczym przystąpił do odwołującego wzmacniając stanowisko procesowe przeciwko swojej ofercie.

Złożone dokumenty (dowody) na potrzeby tego postępowania, nie uwzględniają indywidualnych uwarunkowań wykonawcy, w szczególności przykładowo osób niepełnosprawnych, zastrzeżenia przedstawione w odwołaniu nie znajdują uzasadnienia prawnego co do niemożliwości takiego zatrudnienia.

Przedłożone wyliczenia średniej ilości roboczogodzin i analizy kosztów na podstawie podstawowego czasu pracy:

- bez uwzględnienia specyfiki świadczenia usługi ochrony właściwej dla każdego wykonawcy,
- bez wykazania zastosowania tych obliczeń przez któregośkolwiek z wykonawców w postępowaniu, potwierdzającego ich realność;
- wskazane koszty umundurowania i wyposażenia na podstawie ofert dostawców i faktur zakupu w sytuacji, gdy umundurowanie i wyposażenie nie jest tworzone od podstaw przez przystępującego;
- kształtowanie się rynku plac w sektorze ochrony – na podstawie ogłoszeń o pracę, ofert Agencji Pracy i publikacji prasowych;

50

-polityka cenowa firmy IMPEL przy podobnych zamówieniach w województwie śląskim;

-wyciąg z aneksu zmieniającego umowę z dnia 30 lipca 2014 r. dotyczącą innego postępowania;

-informacja dotycząca Polskiej Izby Ochrony z kalkulacją minimalnej stawki kontraktowej na 2016 r., gdy wykonawca nie jest członkiem Izby

– to dowody, których celem, zgodnie z oceną przystępującego, było stworzenie przekonania o zasadności stanowiska odwołującego. Podobnie Izba oceniła dowody złożone przez przystępującego – z innych postępowań, jako nie mające związku z rozpoznawanym odwołaniem.

Odwołujący przedstawił w odwołaniu różnice cenowe ofert w zakresie stawek jednostkowych w części I: stawki wg obliczeń odwołującego – pracownik niekwalifikowany, umowa cywilno-prawna 9,45 zł i umowa o pracę, II stopień niepełnosprawności 9,55 zł, wskazana stawka przystępującego 8,64 zł; pracownik kwalifikowany z bronią, umowa cywilno-prawna, stawka wg obliczeń odwołującego 14,69 zł, przystępującego 11,44 zł.

Różnice w cenach, z ceną najniższą przystępującego (nie we wszystkich pozycjach), przedstawiają się w ten sposób, że na drugim poziomie cenowym plasują się oferty odwołującego z następną w kolejności ofertą innego wykonawcy i na końcu rankingu ofert, oferta z ceną najwyższą, w stosunku do której wszystkie pozostałe oferty mogą być objęte domniemaniem rażąco niskiej ceny.

Różnice te – zgodnie z obliczeniem zamawiającego i uzasadnieniem cytowanym wyżej – stanowią słusznie uznaną naturalną konsekwencję konkurencji na rynku.

Opracowania odwołującego według metodologii i kosztów przewidzianych na użytek tego postępowania z uwzględnieniem danych wskazujących wszelkie pochodne koszty zatrudnienia, mogące mieć miejsce lub nie w planowaniu organizacji pracy poszczególnych

wykonawców, jak chociażby odpis na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych, co do którego obligatoryjności Izba podziela stanowisko zamawiającego, pracy w godzinach nadliczbowych, czy ilości roboczogodzin miesięcznie przy systemie pracy ciągłej; przy czym przedstawiony model nie jest modelem przyjętym w konstruowaniu oferty przez odwołującego i w obliczeniach zawiera przyznane błędy i nieścisłości, nie stanowi podstawy do uznania ceny oferty za cenę rażąco niską w sytuacji, gdy wskazana podstawa prawna zarzutu – art. 90 ust. 1 ustawy – nakazuje odrzucenie oferty, gdy ocena wyjaśnień dokonana przez zamawiającego potwierdza rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, podobnie art. 89 ust. 1 ustawy, cenę oferty odnosi do przedmiotu zamówienia.

Zakres wezwania zamawiającego – zwrócenie się o udzielenie wyjaśnień – nie zmierzał do żądania przedstawienia analizy ekonomicznej wykonawcy w kontekście obligatoryjnych należności związanych z zatrudnieniem osób i w tym kontekście oferta przystępującego nie może być oceniana w postępowaniu odwoławczym.

51

Na podstawie przepisów ustawy i wskazanego orzecznictwa, Izba uznała, że niższe stawki jednostkowe wskazane w odwołaniu (faktyczna podstawa zarzutu), nie stanowią dowodu, że przystępujący potwierdził cenę rażąco niską oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia w zadaniu I, w wyjaśnieniach z dnia 14.06.2016 r.

Nie została wypełniona przesłanka z art. 90 ust. 3 Pzp zobowiązująca zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli wykonawca nie złożył wyjaśnień lub jeżeli ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, również przesłanka z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Ad. 3. Zaniechanie wezwania Impel do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp w części II i III zamówienia dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w sytuacji, gdy z uwagi na dysproporcję pomiędzy ceną ofertową tego wykonawcy a wartością szacunkową zamówienia, a także pomiędzy cenami jednostkowymi zaoferowanymi przez tego wykonawcę a cenami jednostkowymi zaoferowanymi przez pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak również z uwagi na specyfikę samego zamówienia i wysokość ceny jednostkowej za „Świadczenie usług ochrony przez kwalifikowanego pracownika ochrony z legitymacją osoby dopuszczonej do posiadania broni zatrudnionego na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy”, po stronie Zamawiającego winno być zrodzić się podejrzenie, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co prowadzi jednocześnie do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu i stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Ceny ofert w częściach II i III zamówienia przedstawiają się następująco:

II: Impel 30 363 705,21 zł; Odwołujący 37 112 657,16 zł; Era 37 880 532,28 zł; SOLID 59 484 443,28 zł.

III: Impel 36 603 946,86 zł; Odwołujący 38 244 943,02 zł; Era 38 593 612,59 zł; Ekotrade 45 723 456,03 zł; SOLID 68 137 119,36 zł.

Ceny oferty przystępującego w częściach II i III zamówienia nie uzasadniały obowiązku zamawiającego zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wszczywanie procedury wyjaśniającej nie stanowiło obowiązku ustawowego.

Zatem, uzasadnienie wskazane w Ad 1 i Ad 2, co do treści art. 90 ust. 1 stanowiącego o uprawnieniu zamawiającego, a nie o obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, gdy cena oferty nie jest niższa o 30% od wartości zamówienia

52

zwiększonej o kwotę podatku VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, odnosi się również do tego zarzutu. Zamawiający nie może być zobowiązany do wezwania wykonawcy w związku z przepisem art. 180 ust. 1 ustawy. Wątpliwości zamawiającego warunkujące wezwanie wykonawcy nie mogą być również skutkiem nakazu.

Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 8 stycznia 2014 r., sygn. akt X Ga 652/13, orzekł: „Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta

zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Rację ma skarżący, że z literalnego brzmienia przywołanych przepisów wynika, że zamawiający występuje do wykonawcy o wyjaśnienia dotyczące ceny złożonej przez niego oferty wyłącznie w przypadku, gdy na podstawie okoliczności ustalonych w toku postępowania, w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, uzasadnione jest podejrzenie, że zaproponowana przez wykonawcę cena jego oferty jest rażąco nieadekwatna do kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Słuszne jest stanowisko skarżącego, że ustalenia zamawiającego mogą opierać się na różnych okolicznościach, które mogą zostać powzięte w trakcie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności dotyczących porównania ceny badanej oferty do: wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o wartość podatku VAT, średnich cen ofert złożonych w danym postępowaniu lub ceny kolejnej, oferty złożonej w tym postępowaniu. Prawo do żądania wyjaśnień w celu zbadania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia stanowi wyłączną kompetencję zamawiającego jako podmiotu, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że na decyzję zamawiającego w tym zakresie mogą mieć wpływ wykonawcy. Uprawnienia wykonawców w tym zakresie nie sposób wywieść również z innych przepisów ustawy Pzp w szczególności w świetle przepisu art. 7 ustawy Pzp wskazującego na wyłączną kompetencję zamawiającego w zakresie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tej sytuacji uznanie przez Izbę, że dopuszczalne jest wykonanie czynności wyjaśniających w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z inicjatywy wykonawców, uznać należy za nieprawidłowe”.

Wyrok został wydany przed nowelizacją art. 90 ustawy obowiązującej od 19 października 2014 r. Zachowuje swą aktualność w przypadku, gdy cena oferty nie osiąga progów procentowych wskazanych w aktualnym przepisie. Zatem, w sytuacji, gdy decyzja zamawiającego o zwróceniu się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień pozostaje w sferze jego uprawnień, a nie ustawowych obowiązków, nie może mieć zastosowania nakazanie podjęcia czynności wyjaśniających, z braku podstawy prawnej.

53

Ad 4. Wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Przepisy art. 7 ust. 1 i 3 ustawy zobowiązują zamawiającego do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz do udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Naruszenie tego przepisu jest skutkiem naruszenia innych szczególnych przepisów ustawy, w przypadku nie uwzględnienia naruszenia przepisów szczególnych, nie występuje naruszenie przepisów dotyczących zasad.

Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz zasądziła na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący:

54