

WYROK
z dnia 22 sierpnia 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2016 roku przez wykonawcę **BASMA SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Skarb Państwa - Ministerstwo Spraw Zagranicznych w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia –konsorcjum: **(1) Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp. k. (Lider); (2) Impel Security Polska Sp. z o.o. (Partner); (3) Impel Monitoring Sp. z o.o. Sp. k. (Partner), z siedzibą dla Lidera we Wrocławiu**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **BASMA SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **BASMA SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

1

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

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

W dniu 5 sierpnia 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”), odwołanie złożył wykonawca **BASMA SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (dalej: „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Kompleksowa ochrona MSZ wybranych obiektów* prowadzi Zamawiający: Skarb Państwa - Ministerstwo Spraw Zagranicznych w Warszawie.

Przedmiotem postępowania są : usługi detektywistyczne i ochroniarskie z wyjątkiem usług samochodów opancerzonych. Usługi świadczone będą w obiektach Zamawiającego zlokalizowanych w Warszawie przy ul. Karmazynowej 1A, przy ul. Tanecznej 67B, przy ul. Tanecznej 73, przy ul. Krywulfa 2, przy ul. Tanecznej 67A oraz przy ul. Bagateli 5. Zamówienie obejmuje „prawo opcji”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 kwietnia 2016r., numer ogłoszenia 2016/S 077-137044. Odwołanie wniesiono w postępowaniu o wartości zamówienia większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Kopia odwołania przekazana została Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na odpowiedni rachunek. Termin na wniesienie odwołania został zachowany, ponieważ Zamawiający poinformował o podjęciu oraz zaniechaniu zarzucanych mu czynności w dniu 27 lipca 2016r., tj. wraz z poinformowaniem o rozstrzygnięciu

postępowania i wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Provider Security Partner sp. z o.o. sp. k. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Security Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, oraz Impel Monitoring sp. z o.o., sp. k (dalej łącznie: „Konsorcjum Impel”), jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie jest wnoszone na następujące czynności Zamawiającego, podjęte oraz zaniechane w toku postępowania, a polegające na:

1. zaniechanie odtajnienia wyjaśnień elementów cenotwórczych w ofercie Konsorcjum Impel, pomimo że wyjaśnienia te ze swej natury co najmniej w części nie mogą zawierać tajemnicy przedsiębiorstwa,
2. zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Impel, pomimo że jest ona niezgodna z przepisami ustawy,
3. zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Impel, pomimo że jest ona niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”),
4. zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Impel, pomimo iż zawiera ona rażąco niską ceną,

3

5. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Impel, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

6. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych przepisów prawa:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do zbadania, czy informacje zastrzeżone przez Konsorcjum Impel faktycznie spełniają warunki tajemnicy przedsiębiorstwa, przez co Zamawiający zaniechał ujawnienia wyjaśnień elementów cenotwórczych, mających wpływ na wysokość ceny Konsorcjum Impel, bezprawnie ograniczając wykonawcom dostęp do informacji jawnych;
2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 131 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. kodeksu pracy (dalej: „kodeks pracy” lub „k.p.”) oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert i równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do odrzucenia oferty Konsorcjum Impel, pomimo że Wykonawca ten zaoferował wykonanie zamówienia niewystarczającą ilością osób, a tym samym zdecydował się na nie przestrzeganie przepisów dotyczących czasu pracy (tj. nałożył na swoich pracowników większą ilość nadgodzin niż dopuszcza to kodeks pracy);
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do stwierdzenia, że zaoferowanie przez Konsorcjum Impel wykonanie zamówienia osobami niepełnosprawnymi stanowi o niezgodności tej oferty z treścią SIWZ;
4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert i równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do odrzucenia ofert Konsorcjum Impel, pomimo że Wykonawca ten zaoferował cenę rażąco niską;
5. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do stwierdzenia, iż usiłowanie zdobycia zamówienia przez Konsorcjum Impel, poprzez złożenie oferty z ceną rażąco niską, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a zatem oferta Konsorcjum Impel podlega odrzuceniu,
6. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego, pomimo że po zastosowaniu

4

przedstawionych w ust. 12 SIWZ kryteriów oceny ofert uzyskuje ona najwyższą ilość punktów.

W związku z opisanymi naruszeniami, oraz zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3

ustawy Pzp, Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem:
 - 2.1. odrzucenia oferty Konsorcjum Impel na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 3 i 4 ustawy Pzp,
 - 2.2. umożliwienie Odwołującemu dokonania wglądu w dokumentację postępowania, z uwzględnieniem wyjaśnień Konsorcjum Impel z dnia 25 lipca 2015r., dotyczących elementów cenotwórczych zaoferowanej ceny;
3. dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes do wniesienia odwołania, gdyż w wyniku zarzucanych działań i zaniechań Zamawiającego interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może ponieść i poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy Pzp, należycie zbadałby i ocenił ofertę Odwołującego oraz ofertę Konsorcjum Impel. W konsekwencji, Zamawiający nie sklasyfikowałby Odwołującego na drugim miejscu i nie dokonałby wyboru oferty Konsorcjum Impel, jako oferty najkorzystniejszej, zgodnie z przyjętymi w postępowaniu kryteriami.

A. ZANIECHANIE ODTAJNIENIA WYJAŚNIEŃ KONSORCJUM IMPEL W CZĘŚCI NIE STANOWIĄCEJ TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA

W dniu 07 lipca 2016r. Odwołujący złożył odwołanie w postępowaniu, które zostało uwzględnione w całości, zaś przystępujący po stronie Zamawiającego, Konsorcjum Impel, nie wniósł sprzeciwu. Skutkiem uwzględnienia pierwszego odwołania, było wezwanie Konsorcjum Impel do wyjaśnienia elementów ceny, mających wpływ na jej wysokość. Na wniosek Odwołującego z dnia 28 lipca 2016r., Zamawiający, w dniu 29 lipca 2015r., przesłał Odwołującemu wyjaśnienia Konsorcjum Impel, zastrzegając, że przesyła jedynie jawną część, gdyż pozostała treść wyjaśnień została skutecznie zastrzeżona przez Konsorcjum Impel jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący podnosi, że złożone wyjaśnienia, jak można zakładać, nie zawierają szczegółowego uzasadnienia, które wskazywałoby na zasadność ich objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Konsorcjum Impel w piśmie z dnia 25 lipca 2016 r. lakonicznie stwierdziło, że zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą i nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Konsorcjum Impel zaniechało zastrzeżenia jedynie decyzji administracyjnych, ze swej natury jawnych. Kalkulacja ceny ofertowej, umowa o współpracy z podwykonawcą oraz część wyjaśnień, których treści nawet w przybliżeniu Odwołujący nie

5

zna, zostały zaś zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, bez faktycznego wyjaśnienia zasadności tego zastrzeżenia. Pismo to nie zawierało zasadniczego elementu, a mianowicie wyjaśnienia dlaczego informacje zawarte w złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny miałyby być w całości uznane za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Nadto, Konsorcjum Impel, poza zasygnalizowaniem kilku okoliczności faktycznych, nie załączyło do pisma z dnia 25 lipca 2016r. żadnych dowodów, które mogłyby potwierdzać przykładowo fakt, że zastrzegane przez wykonawcę informacje mają dla niego wartość gospodarczą. Przedmiotowe wyjaśnienia zostały jednak ocenione przez Zamawiającego jako zawierające wystarczające uzasadnienie dla uznania, iż Konsorcjum Impel w sposób zgodny z prawem zastrzegło wyjaśnienia dotyczące ceny, jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z taką oceną Zamawiającego nie sposób się zgodzić. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r., Nr 153 poz. 1503 ze zm.; dalej: „ustawa ZNK”), określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: 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 zobowiązany jest zbadać, czy w konkretnej sytuacji wystąpiły wskazane wyżej przesłanki. Do takich wniosków doszedł Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005r., sygn. akt III CZP 74/05, gdzie Sąd Najwyższy orzekł, iż „badanie przez zamawiającego skuteczności dokonanego przez oferenta zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji mieści się w płaszczyźnie obowiązków, a nie uprawnień zamawiającego. Jak wyżej stwierdzono, przesądzenie skuteczności dokonanego przez oferenta zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji,

uznanych przez niego za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów wskazanych w art. 96 ust 4 zdanie pierwsze Pr.z.p., zależy od wyniku dokonanej przez zamawiającego weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie do charakteru (statusu) tych informacji. W razie uznania przez zamawiającego, że zastrzeżone przez oferenta informacje, potwierdzające zarazem spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a więc, mówiąc w skrócie, w razie stwierdzenia przez zamawiającego bezskuteczności takiego zastrzeżenia, powstaje kwestia określenia konsekwencji takiego stanowiska zamawiającego”.

W niniejszej sprawie nie sposób przyjąć, że badanie takie zostało przez Zamawiającego przeprowadzone. Zamawiający ocenił wprawdzie w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnienia Konsorcjum Impel zawarte w piśmie z dnia 25 lipca 2016r., jednak ocena tych wyjaśnień była pobieżna. Zamawiający wypełnił więc obowiązek zbadania

6

zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa tylko w ujęciu formalnym. Merytoryczna ocena wyjaśnień winna była bowiem prowadzić Zamawiającego do wniosku, że Konsorcjum Impel nie podało żadnych okoliczności właściwych dla tego Wykonawcy, które pozwalałyby przyjąć, że dokonane przez Konsorcjum Impel zastrzeżenie jest zasadne.

Odwołujący podnosi, że nie można przyjąć pewnego automatyzmu polegającego na stwierdzeniu, że każde wyjaśnienia z art. 90 ust. 1 Pzp - z racji wskazania na sposób budowania ceny przez wykonawcę - zawsze i w całości mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający powinien dokonać analizy prawidłowości zastrzeżenia pewnych informacji z oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie tylko analizując określony dokument jako całość, ale jego poszczególne zwroty czy wyliczenia, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Dokument nie musi bowiem - a czasami wręcz nie może - podlegać zastrzeżeniu w całości, lecz tylko w określonej części. KIO w swych orzeczeniach wskazuje też, że przyczyny wyłączenia jawności muszą mieć charakter na tyle obiektywny, by możliwa była ich weryfikacja w postępowaniu odwoławczym. Konsorcjum Impel za pewną oczywistość uznaje okoliczność, że zastrzegane informacje mają wartość gospodarczą, a ich ujawnienie może godzić w interes Konsorcjum Impel. Niemniej, w przypadku informacji posiadających wartość gospodarczą wykonawca zobowiązany jest wskazać, o jakich konkretnie wartościach mowa i je uprawdopodobnić. Wobec braku dowodu, że informacje mają wartość gospodarczą lub techniczną czy organizacyjną, w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie można mówić o ziszczeniu się pierwszej z przesłanek, których spełnienie jest niezbędne do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ponadto, Konsorcjum Impel poprzestało na stwierdzeniu, że informacje zastrzegane nie są powszechnie znane, a wykonawca podjął kroki zmierzające do zachowania ich w poufności. Konsorcjum Impel nawet pobieżnie nie wskazało, jakie podjęło działania, aby zachować zastrzeżone dane w poufności. Konsorcjum Impel wskazało, że tajemnicą przedsiębiorstwa są dla niego dane o podwykonawcy, lecz jednocześnie nie udowadnia,

że

podjęło odpowiednie środki zmierzające do tego, by informacje te zachować w poufności. Nadto, informacje te traktuje jako poufne w sytuacji, gdy współpraca z podwykonawcami nie jest informacją mającą wartość gospodarczą, skoro większość z ośmiu podmiotów składających ofertę w niniejszym postępowaniu zakładała udział podwykonawców na etapie realizacji zamówienia. Jedynie pewne elementy ustaleń odnoszących się do zasad współpracy między Konsorcjum Impel a podwykonawcą mogłyby mieć potencjalnie walor tajemnicy przedsiębiorstwa (np. nazwa podwykonawcy), niemniej w tym zakresie należałoby wprawdzie wykazać, że strony faktycznie traktują te informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podnosi, że możliwość wyłączenia jawności postępowania istnieje w sytuacjach zupełnie wyjątkowych i to tylko i wyłącznie w uzasadnionych przypadkach przewidzianych w przepisach ustawy Pzp. Możliwość ta nie może być nadużywana lub

7

interpretowana rozszerzająco, albowiem zasada jawności postępowania jest zasadą nadrzędną. Ciężar udowodnienia zaistnienia absolutnie wyjątkowych okoliczności, uzasadniających utajnienie jawności postępowania i znajdujących oparcie w przepisach ustawy Pzp, spoczywa na Konsorcjum Impel, które takiego zastrzeżenia dokonało, oraz na

Zamawiającym, gdyż nie zdecydował się On na odtajnienie informacji, których jawność zastrzegł wykonawca, powołując się na konieczność ochrony przedsiębiorstwa. W niniejszej sprawie nie sposób przyjąć, by Konsorcjum Impel w sposób odpowiedni wykazało, że całość zastrzeganych przez Konsorcjum Impel informacji ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Zatem, Zamawiający bezpodstawnie uznał, że zastrzeżenie dokonane przez Konsorcjum Impel jest zasadne.

Odwolujący wskazuje, że powyższe stanowisko dotyczące konieczności wnikliwego badania przez Zamawiającego zastrzeżonych informacji oraz ścisłego wykładania zakazu ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, oparte jest na orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Konsorcjum Impel w żaden sposób nie ujawniło, że kalkulacja ceny ofertowej zawiera jakiegokolwiek dane, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Również w zakresie umowy z podwykonawcą brak jakichkolwiek dowodów wskazujących na wartość gospodarczą tych informacji. Zatem, całość informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum Impel nie posiada waloru tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem, w myśl zasady jawności, Zamawiający nie był uprawniony do zaniechania ujawnienia ich Odwołującemu.

B. ZANIECHANIE WYKLUCZENIA OFERTY KONSORCJUM IMPEL Z UWAGI NA RAŻĄCO NISKĄ CENĘ.

Odwolujący wskazuje, że wobec objęcia wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Impel tajemnicą przedsiębiorstwa, Odwołujący nie ma wiedzy, w jaki sposób została przygotowana odpowiedź na wezwanie z dnia 25 lipca 2016r. Niemniej, wyjaśnienia te mogą być nie dość precyzyjne i szczegółowe. Odpowiadając na tego typu wezwania, wykonawcy często poprzestają na przedstawieniu ogólnych zapewnień, że w ofercie wycenili wszystkie roboty i ryzyko, podając ogólną kalkulację czy powołując się na oferty podwykonawców. Tego typu wyjaśnień nie można uznać za wystarczające. Każdą ogólną wartość podaną w kalkulacji należy rozbić na pozycje cząstkowe, co nie jest równoznaczne z wykazaniem rynkowego charakteru ceny. Dopiero połączenie rozbicia analizowanej ceny z dowodami wskazującymi na realność przyjętych cen cząstkowych (np. przyjętych kosztów środków czystości, kosztów osobowych, sprzętu), może wskazywać na to, że cena poddawana analizie została ustalona w sposób prawidłowy. Podobnie przedstawienie oferty podwykonawcy na wykonanie danej części zamówienia, bez analizy, czy cena podana przez podwykonawcę jest realna, nie świadczy o tym, że wykonawca za podaną cenę będzie w stanie wykonać przedmiot zamówienia.

8

Odwolujący przedstawił własne wyliczenia, dowodzące, że Konsorcjum Impel zaoferowało cenę rażąco niską, gdyż nie ujęło w swej cenie ofertowej wszystkich niezbędnych kosztów jednej roboczogodziny, nie wspominając o kosztach ryzyka oraz marży.

Zamawiający zastrzegł, że wszystkie osoby zaangażowane do wykonania przedmiotu zamówienia powinny być zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Wynika to z odpowiedzi na pytania nr 9, 18, 4, 5, 6. Mając na uwadze wskazane pytania i odpowiedzi, należy stwierdzić, że Zamawiający w sposób niezwykle klarowny określił więc, że nie wyraża zgody na angażowanie do realizacji zamówienia osób innych niż pracownicy zatrudnieni na umowę o pracę.

W 2016r. najniższe wynagrodzenie (etat 168 godzin, 21 dni roboczych) wynosi 1850,00 zł. (Dz.U. z 2015r poz. 1385 Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 11 września 2015r. sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2016 r.). Pracodawca do kwoty 1850,00 zł musi doliczyć następujące pochodne (składki):

9,76% emerytalna; 6,50% rentowa; 0,93% wypadkowa; 2,45% FP; 0,10% FGŚP. Razem składki Suma wynagrodzenie + składki 2215,18 zł.

W związku z powyższym minimalna stawka godzinowa winna wynosić: 14,55zł/h netto

(2444,08zł- koszt etatu: 168 godzin - norma czasu pracy = 14,55zł/h)

14,55zł/h + VAT(23%) = 17,90zł/h brutto.

Z powyższej kalkulacji wynika, że same koszty zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę, w celu wypracowania 180 240 roboczogodzin wynoszą 3.226.296.00 PLN brutto (180 240 godzin pracy w czasie świadczenia usługi x 17,90 zł/h brutto jako minimalny koszt = 3.226.296,00 zł brutto). Cena ofertowa zaoferowana zaś przez Konsorcjum Impel wynosi 3.134.373.60 PLN brutto. Zatem, cena zaoferowana przez Konsorcjum Impel jest rażąco niska, w związku z czym oferta tego Wykonawcy winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4

ustawy Pzp. Tak niska cena nie jest uzasadniona obiektywnymi względami, pozwalającymi Konsorcjum Impel na wykonanie zamówienia bez strat finansowych.

Zdaniem Odwołującego, nie sposób obiektywnie przyjąć, aby w tej sytuacji rynkowej Konsorcjum Impel mogło zaoferować zgodnie z prawem cenę ofertową, która powinna być co najmniej wyższa o 91.922,40 PLN, jeżeli miałaby uwzględniać same koszty pracy osób zatrudnionych w pełnym wymiarze czasu pracy, bez nadgodzin. Tymczasem, na koszty wykonania zamówienia nie składają się wyłącznie koszty pracy zatrudnionych osób, lecz również koszty sprzętu niezbędnego dla ochroniarzy (np.: środki przymusu bezpośredniego, w tym gaz, kajdanki i pałka - Załącznik nr 1 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia pkt. 6.3), umundurowania (Załącznik nr 1 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia pkt. 6.1, koszty szkoleń BHP i PPOŻ (Załącznik nr 2 do SIWZ Istotne Postanowienia Umowy § 2 ust. 15 pkt.

9

5 i 6, § 7), koszty ewentualnych nadgodzin itd. Cena ofertowa winna też zakładać wypracowanie zysku. Zatem, cena ofertowa Konsorcjum Impel jest zaniżona i nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia.

W odniesieniu do ewentualnych nadgodzin należy również podkreślić, że Konsorcjum Impel zdecydowało się wykonać zamówienie 30 osobami (wynika to z korespondencji e-mailowej pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym z dnia 30 czerwca 2016r., godz. 3:21 PM). Zgodnie zaś z Załącznikiem nr 2 do SIWZ Istotne Postanowienia Umowy § 5 usługi ochroniarskie „świadczone będą przez 24 (słownie: dwadzieścia cztery) miesiące i 21 (słownie: dwadzieścia jeden) dni”. Innymi słowy, czas trwania umowy wynosi 107 tygodni (52 tyg. x 2 lata + 3 tyg.). Mając na uwadze, że zgodnie z art. 129 § 1 k.p., czas pracy nie może przekraczać 8 godzin na dobę i przeciętnie 40 godzin w przeciętnie pięciodniowym tygodniu pracy w przyjętym okresie rozliczeniowym nie przekraczającym 4 miesięcy, Odwołujący przedstawił jaką część wskazanych przez Zamawiającego roboczogodzin będzie wykonywana przez Konsorcjum Impel w ramach podstawowego czasu pracy, a jaka część na podstawie nadgodzin:

30 osób x 40 godzin x 107 tygodni = 128 400 roboczogodzin (podstawowy czas pracy)

180 240 roboczogodzin - 128 400 roboczogodzin = 51840 roboczogodzin (nadgodziny)

W art. 151 i § 1 k.p. ustawodawca wskazuje, że za godziny nadliczbowe pracodawca zobowiązany jest (oprócz przysługującego wynagrodzenia) wypłacić pracownikowi dodatek w wysokości 100% lub 50% wynagrodzenia. Dla zachowania przejrzystości argumentacji, Odwołujący przyjmuje, że każdorazowo dodatek ten będzie wynosił 50% wynagrodzenia.

Zatem:

128 400 roboczogodzin x 17,90zł minimalnego wynagrodzenia = 2.298.360 PLN brutto

51840 roboczogodzin x 26,85zł wynagrodzenie z dodatkiem = 1.391.904 PLN brutto

= 3.690.264 PLN brutto Minimalne wynagrodzenie pokrywające wyłącznie koszty wynagrodzeń dla 30 pracowników Konsorcjum Impel powinno więc wynosić 3.690.264 PLN brutto. Oznacza to, że same koszty pracownicze zostały przez Konsorcjum Impel zaniżone o 555.890,40 PLN brutto (lub więcej, gdyż pracodawca w konkretnym przypadku może być zobowiązany do doliczania dodatku w wysokości 100% wynagrodzenia).

Odwołujący podnosi ponadto, że w przypadku Konsorcjum Impel nie zachodzą żadne szczególne okoliczności, właściwe tylko temu Wykonawcy, które pozwoliłyby mu wycenić przedmiot zamówienia na tak niskim poziomie. Wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu, są wykonawcami mającymi ugruntowaną pozycję na rynku, w tym duże doświadczenie i zasoby własne niezbędne do realizacji tego typu przedsięwzięcia. Z powyższych względów, wyjaśnienia Konsorcjum Impel nie pozwalają przyjąć, że Wykonawca ten za zaoferowaną cenę jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia bez

10

strat, oraz że cena ta jest adekwatna do przedmiotu zamówienia, jego wartości, wyznaczonej zakresem koniecznym do wykonania, nakładem pracy, nakładem środków etc.

Odwołujący podkreśla również, że chociaż ciężar dowodu co do zasadności odrzucenia oferty spoczywa na wykonawcy, który żąda odrzucenia, to w sytuacji, gdy elementy oferty istotne z punktu widzenia obliczenia ceny oraz wyjaśnienia udzielone przez Konsorcjum Impel zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, należy oczekiwać, że to Zamawiający wykaże w postępowaniu odwoławczym, że udzielone wyjaśnienia

wskazują na rzetelne obliczenie ceny oferty, gdyż to Zamawiający uznał to zastrzeżenie informacji jako zasadne.

Odwołujący wskazuje, że w podobnych stanach faktycznych Krajowa Izba Odwoławcza orzekała, iż cena ofertowa wykonawcy jest ceną rażąco niską. Tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2014r., sygn. akt KIO 2185/14.

C. ODRZUCENIE OFERTY KONSORCJUM IMPEL Z UWAGI NA NIEZGODNOŚĆ Z USTAWĄ I TREŚCIĄ SIWZ - NIELEGALNE NADGODZINY

Tak jak to zostało wskazane powyżej, Zamawiający określił, że umowa zawarta w wyniku przeprowadzonego postępowania będzie obowiązywała 107 tygodni. Mając na uwadze wskazaną przez Konsorcjum Impel ilość pracowników, którymi wykonywane będzie przedmiotowe zamówienie, oraz odnośne przepisy kodeksu pracy, stwierdzić należy, że Konsorcjum Impel w ofercie oświadczyło, iż wskazani pracownicy będą świadczyć pracę w ilości większej niż legalnie egzekwowana, maksymalna ilość nadgodzin.

Przepis art. 131 § 1 k.p. określa zaś normę tygodniową czasu pracy, która łącznie z godzinami nadliczbowymi nie może przekroczyć przeciętnie 48 godzin („Tygodniowy czas pracy łącznie z godzinami nadliczbowymi nie może przekraczać przeciętnie 48 godzin w przyjętym okresie rozliczeniowym”). Odwołujący przedstawił jaką część wskazanych przez Zamawiającego roboczogodzin będzie wykonywana przez Konsorcjum Impel zgodnie z odnośnymi przepisami kodeksu pracy, a jaką część z naruszeniem przepisów o nadgodzinach:

legalnie: 30 osób x 48 godzin x 107 tygodni - 154 080 roboczogodzin

nielegalnie: 180 240 roboczogodzin - 154 080 roboczogodzin - 26160 roboczogodzin

Konsorcjum Impel nie ma możliwości zaangażowania w realizację zamówienia innych osób niż wykazanych w Wykazie Osób, oraz na inne podstawie niż umowa o pracę (pełen etat).

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wprost nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty niezgodnej z obowiązującymi przepisami. Skoro zatem Konsorcjum Impel nie dostrzega prewencyjnego charakteru normy art. 281 pkt 5 k.p. (stanowiącej, że pracodawca, który narusza m.in. przepisy o czasie pracy podlega karze grzywny od 1000 do 30.000 zł),

11

Zamawiający powinien był wypełnić sankcję norm z art. 89 ust. 1 pkt 1 i odrzucić ofertę Konsorcjum Impel.

Z uwagi na przedstawione okoliczności, oferta Konsorcjum Impel jest również niezgodna z treścią SIWZ.

Zamawiający w Załączniku nr 2 do SIWZ § 2 ust. 15 pkt 5 wprost wskazał: „Niezależnie od obowiązków określonych w innych postanowieniach umowy, Wykonawca zobowiązuje się ponadto do: (...) 5) przestrzegania prawa pracy, w szczególności przepisów bhp, ppoż oraz dotyczących czasu pracy”.

Zaoferowanie wykonania zamówienia 30 osobami narusza przepisy kodeksu pracy dotyczące czasu pracy, w związku z tym, oferty Konsorcjum Impel podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Z uwagi na treść SIWZ oraz cytowane przepisy kodeksu pracy, Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia 46 osobami, zatrudnionymi na pełen etat. Podobnie zaoferowali również wykonawca Agencja Ochrony „K.” sp. z o.o., wykonawca Selen sp. z o.o. oraz wykonawca STEKOP SA, co pozwoliło tym spółkom na wykonanie zamówienia przez pracowników w ramach podstawowego czasu pracy bez zlecania pracownikom nadgodzin. Przy powtórным badaniu i ocenie ofert Zamawiający powinien wziąć pod uwagę treść normy z art. 7 ustawy Pzp i równo traktować wszystkich wykonawców. Zatem, Zamawiający badając zgodność ofert z przepisami prawa nie powinien ograniczyć się wyłącznie do odrzucenia ofert Konsorcjum Impel i Konsorcjum Intersemce, lecz również uwzględnić, iż konsorcjum wykonawców Konsalnet Ochrona sp. z o.o. oraz Konsalnet Security sp. z o.o., a także konsorcjum wykonawców Zonę Hunters sp. z o.o. sp. k. oraz Hunters sp. z o.o., a także konsorcjum wykonawców Agencja Ochrony „INTERSERVICE” Spółka Jawna K., Biuro Ochrony „CD BIS” Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe A.D., Biuro Ochrony „AROMIG” sp. z o.o. oraz A.P. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „PRA-MED” PLUS zaoferowały wykonanie zamówienia 30 osobami (oferta Konsorcjum Interservice została odrzucona w postępowaniu, lecz Zamawiający powinien w uzasadnieniu faktycznym i prawnym odrzucenia uwzględnić również powyższą okoliczność). Zatem,

również oferty pozostałych wykonawców, którzy zaoferowali wykonanie zamówienia 30 osobami, powinny zostać odrzucone z uwagi na treść art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

D. ODRZUCENIE OFERTY KONSORCJUM IMPEL Z UWAGI NA NIEZGODNOŚĆ Z USTAWĄ I TREŚCIĄ SIWZ - ZAOFEROWANIE WYKONANIA ZAMÓWIENIA OSOBAMI NIEPEŁNOSPRAWNYMI

Odwołujący wskazuje, że wobec objęcia wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Impel tajemnicą przedsiębiorstwa, Odwołujący nie ma wiedzy, jak wygląda kalkulacja kosztów, przygotowana przez tego Wykonawcę. Niemniej jednak, z uwagi na dołączenie do tych wyjaśnień decyzji administracyjnych, o przyznaniu podmiotowi „IMPEL SECURITY

12

POLSKA" sp. z o.o. statusu zakładu pracy chronionej, Odwołujący zakłada, że Konsorcjum Impel powoływało się na dofinansowanie z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych (dalej: „PFRON”). W takim przypadku, oferta Konsorcjum Impel potwierdziło, że zaoferowało wykonanie przedmiotowego zamówienia w sposób niezgodny z żądaniami Zamawiającego, zawartymi w SIWZ.

Żaden z wykonawców składających ofertę w postępowaniu nie może uzasadniać swoich niższych niż minimalne kosztów, z uwagi na fakt, iż jako zakład pracy chronionej otrzymuje dofinansowanie na niepełnosprawnego pracownika, zarejestrowanego w PFRON. W Załączniku nr 2 do SIWZ Istotne Postanowienia Umowy, w § 2 ust. 12 Zamawiający wyraźnie zastrzegł, że „pracownicy ochrony winni stawiać się do pracy czysti, schludni, w umundurowaniu służbowym oraz w pełnej sprawności psychofizycznej. (...) Zamawiający zastrzega sobie prawo kontroli powyższego, a także żądania odsunięcia od wykonywania czynności pracownika ochrony nie spełniającego warunku, o którym mowa powyżej”.

Pracownicy, na rzecz których pracodawca dostaje dofinansowanie z PFRON nie są osobami w pełni sprawnymi psychofizycznie. Dofinansowanie to stanowi rodzaj zachęty dla pracodawców, aby zatrudniać pracowników o różnym stopniu niepełnosprawności. Innymi słowy, ewentualne wykazywanie przez Konsorcjum Impel, że koszty roboczogodziny zostały przyjęte na niższym poziomie z uwagi na otrzymywanie z PFRON dofinansowania dla osoby X, Y, Z, świadczy o złożeniu przez tego Wykonawcę oferty niezgodnej z treścią SIWZ, co oznacza obowiązek odrzucenia tej oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreśla, że cytowany § 2 ust. 12 Istotnych Postanowień Umowy nie może być interpretowany zawężająco, poprzez dopuszczenie pewnych niepełnosprawności psychicznych czy fizycznych, zaś wykluczenie innych. W treści SIWZ Zamawiający nie wyartykułował, że np. pracownicy z niepełnosprawnością fizyczną I stopnia mogą wykonywać zamówienie, zaś osoby chore psychicznie już nie. Przeciwnie, Zamawiający bardzo szeroko stwierdził, że pracownicy którzy są wskazani w ofercie, a następnie stawiają się do pracy, każdorazowo muszą być w pełni sprawni fizycznie jak i psychicznie.

Powyższe jest o tyle logiczne, że osoby za pomocą których wykonawcy zaoferowali wykonanie zamówienia, mają za zadanie ochraniać obiekty MSZ, zatem muszą być zdolne do błyskawicznej reakcji (poprawna analiza sytuacji oraz fizyczna reakcja). Pracownicy ochrony muszą być w stanie udać się w pościg, silnie uderzać pałką, stawiać opór własnym ciałem, zatem jakkolwiek dysfunkcja fizyczna pracownika ochrony niweczyłaby możliwość osiągnięcia celu, w jakim ochroniarz pracuje. Działania takiej osoby byłyby jedynie pozorne, gdyż z góry miałyby obniżoną skuteczność (w zależności od stopnia niepełnosprawności, obniżona skuteczność reakcji byłaby mniejsza lub większa). Zatem, nie tylko stała niepełnosprawność fizyczna jest niedopuszczalna (np. niedowład ręki), lecz również czasowa niepełnosprawność wyklucza danego pracownika z możliwości wykonywania

13

zamówienia (np. złamana ręka). Równie ważna jest pełna sprawność psychiczna osoby zaoferowanej do wykonania zamówienia - jeżeli pracownik ochrony nie byłby w stanie właściwie ocenić sytuacji, to mógłby nie rozpoznać, iż w danym przypadku należy powziąć środki ochrony. W przypadku napadu mógłby zatem stać na posterunku zamiast przeciwdziałać. Zatem, nie tylko stała niepełnosprawność psychiczna jest niedopuszczalna (np. zespół paranoidalny), lecz również czasowa niepełnosprawność wyklucza danego pracownika z możliwości wykonywania zamówienia (np. stawienie się do pracy pod wpływem środków odurzających).

Na marginesie jedynie Odwołujący wskazuje, że jeżeli Zamawiający, wbrew

wyartykułowanemu w SIWZ żądaniu, stwierdziłby, że do wykonywania zamówienia nie dopuścił osób z niektórymi tylko niepełnosprawnościami fizycznymi lub psychicznymi, zaś osoby z niepełnosprawnościami subsydiowanymi przez PFRON zostały dopuszczone - z czym w świetle brzmienia SIWZ nie sposób się zgodzić, i czemu Odwołujący w tym miejscu stanowczo zaprzecza - to wówczas z bardzo daleko idącej ostrożności Odwołujący wskazuje, że w celu oceny realności kosztorysu Konsorcjum Impel, Zamawiający powinien być zostać poinformowany, na jakiego pracownika Konsorcjum Impel otrzymuje dofinansowanie i w jakiej wysokości. W ślad za taką informacją powinny być zostać przedstawione przez Konsorcjum Impel stosowne dowody.

W odniesieniu zaś do samej specyfiki zakładu pracy chronionej (dalej: „ZPCh”), Odwołujący zauważa, że sam otrzymuje dofinansowanie do wynagrodzeń niepełnosprawnych pracowników, więc Odwołujący zna i rozumie kryteria finansowania tego rozwiązania (choć Odwołujący zastrzega, że w postępowaniu złożył ofertę z osobami w pełnej sprawności psychofizycznej, które nie korzystają z dofinansowania). Mianowicie, art. 3 ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z realizacją ustawy budżetowej stanowi: „W ustawie z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2011 r. Nr 127, poz. 721 ze zm.) wprowadza się następujące zmiany:

1) w art. 26a:

a) w ust 1 zdanie drugie otrzymuje brzmienie:

„Miesięczne dofinansowanie do wynagrodzenia pracownika niepełnosprawnego, zwane dalej „miesięcznym dofinansowaniem”, przysługuje w kwocie:

1) 1800 zł - w przypadku osób niepełnosprawnych zaliczonych do znacznego stopnia niepełnosprawności;

2) 1125 zł - w przypadku osób niepełnosprawnych zaliczonych do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności;

3) 450 zł - w przypadku osób niepełnosprawnych zaliczonych do lekkiego stopnia niepełnosprawności.”

14

b) ust 1 b otrzymuje brzmienie:

„1b Kwoty, o których mowa w ust 1, zwiększa się o 600 zł w przypadku osób niepełnosprawnych, w odniesieniu do których orzeczono chorobę psychiczną, upośledzenie umysłowe, całościowe zaburzenia rozwojowe lub epilepsję oraz niewidomych”.

Z powyższego jednoznacznie wynika, że pracodawca dofinansowanie z PFRON otrzymuje tylko i wyłącznie do wynagrodzenia konkretnego zatrudnionego i zarejestrowanego w PFRON pracownika, a nie dla firmy. Zatem, ewentualny argument o dofinansowaniu ogółu funduszu płac Konsorcjum Impel jest co najmniej mylący, a przede wszystkim ma na celu wywarcie nieuprawnionego wrażenia, że Wykonawca ten otrzymuje dofinansowanie publiczne do prowadzonej przez siebie działalności w wysokości np. 38% w 2016r. i 38% w 2017r.

Co więcej, ustawodawca w art. 26a ust.1 a pkt 2 ustawy o rehabilitacji zawodowej wyraźnie stwierdza: „Miesięczne dofinansowanie nie przysługuje: (...) 2) jeżeli wynagrodzenie pracownika niepełnosprawnego nie zostało przekazane na jego rachunek bankowy lub rachunek w spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej albo na adres zamieszkania tego pracownika, za pośrednictwem osób prawnych prowadzących działalność w zakresie doręczania kwot pieniężnych”.

Zatem, nawet jeżeli w wykonywanie usługi zaangażowane byłyby osoby niepełnosprawne, to Konsorcjum Impel, powołując się na pomoc publiczną wyrażaną przez dofinansowanie wynagrodzeń pracowników, winien w oparciu o wyżej przytoczony przepis ustawy (art. 3) precyzyjnie wskazać wysokość dofinansowania w odniesieniu do każdego zatrudnionego pracownika ochrony, w zależności od stopnia jego niepełnosprawności. Jeżeli więc wyjaśnienia Konsorcjum Impel sprowadzają się tylko do zaprezentowania IMPEL SECURITY POLSKA sp. z o.o. jako ZPCh, w którym dofinansowanie wynagrodzeń ogółem może wynosić ok. 38% w 2017r, to w konsekwencji takie wyjaśnienia są nie tylko ogólnikowe i w

żaden sposób nie udowodnione, lecz nade wszystko czysto hipotetyczne, gdyż brak jest możliwości dokładnego przewidzenia ile osób niepełnosprawnych będzie w danym miesiącu zatrudnionych u danego pracodawcy, nie wspominając już o możliwości dokładnego wskazanie stopnia niepełnosprawności danej osoby. Należy realnie stwierdzić, że ilość pracowników, na których pracodawca uzyskuje z PFRON dofinansowanie nie jest stałą

niezmienną przedsiębiorstwa, a zatem na podstawie stanu aktualnego na daną chwilę nie można przygotować realnego kosztorysu. Jeżeli w kolejnym miesiącu wszystkie osoby niepełnosprawne złożą wypowiedzenie - co jest sytuacją tak samo prawdopodobną jak i sytuacja, że żaden z pracowników niepełnosprawnych niełoży wypowiedzenia - to wówczas, z uwagi na nierealną cenę ofertową Konsorcjum Impel nie będzie w stanie należycie (bez straty) wykonać zamówienia.

15

Zamawiający zdaje się akceptować fikcję podobną do takiej sytuacji, kiedy przedsiębiorcy rejestrują firmy legitymujące się statusem ZPChr tylko po to, aby mogli wykazać się dofinansowaniem na poziomie np. 60% ogółu wynagrodzeń. Następnie tylko dla pozoru zostaje powołane konsorcjum, którego uczestnikiem będzie ZPCh, co z kolei pozwoli na ogólne wyjaśnienie rażąco niskiej ceny, w oparciu o przewidywany wskaźnik dofinansowań np. na poziomie 60%. Z tych też względów, ewentualne odwoływanie się przez Konsorcjum Impel w wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej na pomoc społeczną udzieloną przez PFRON, są twierdzeniami gołosłownymi i życzeniowymi, nie zaś twardymi faktami.

Podsumowując powyższą dygresję dotyczącą należytego sposobu wykazania wpływu dofinansowania PFRON na cenę ofertową - tj. dla konkretnego pracownika, z ze jego uwzględnieniem wysokości dofinansowania wynikającej stopnia niepełnosprawności, oraz z uwzględnieniem kosztów ryzyka dotyczącego możliwości zwolnienia się przez część osób niepełnosprawnych i konieczności wypłaty nowym pracownikom pełnej wartości wynagrodzenia - wyraźnie widać, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są w całości nierzetelne, a ogólne i mętne powoływanie się na posiadanie statusu ZPCh nie powinno zostać potraktowane przez Zamawiającego jako poważne. Zatem, cena ofertowa Konsorcjum Impel jest poważnie niedoszacowana. Zamawiający nie powinien być uznać takich wyjaśnień za dowodzące, że cena ofertowa jest realna, gdyż wyjaśnienia te w żaden sposób nie są spójne, matematycznie prawdziwe oraz udowodnione. Zatem, oferta Konsorcjum Impel podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreśla jednak, że dygresja dotycząca należytego sposobu wykazania wpływu dofinansowania PFRON na cenę ofertową co do zasady nie powinna być adekwatna dla postępowania, gdyż Zamawiający wprost w SIWZ stwierdził, że żąda, aby zamówienie było wykonane przez osoby o pełnej sprawności psychofizycznej. Zatem, tylko osoby zdolne do szybkiej i skutecznej interwencji (tj. w pełni sprawne zarówno fizycznie jak i psychicznie) mogą być przedstawione w ofertę. Wskazanie osób z jakąkolwiek niepełnosprawnością skutkować winno odrzuceniem oferty z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ. Jeżeli zatem Konsorcjum Impel wskazało, że wykona przedmiotowe zamówienie przy pomocy osób korzystających z dofinansowania PFRON, to Konsorcjum Impel wprost potwierdziło niezgodność własnej oferty z treścią SIWZ. Zatem, Zamawiający obowiązany był do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

E. ODRZUCENIE OFERTY KONSORCJUM IMPEL z UWAGI NA FAKT, IŻ ICH ZŁOŻENIE STANOWI CZYN NIEUCZCIWEJ KONKURENCJI

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, oferty, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podlegają odrzuceniu. W ocenie Odwołującego, w świetle okoliczności niniejszej sprawy,

16

złożenie przez Konsorcjum Impel oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (tj. działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażające lub naruszające interes innego przedsiębiorcy), który utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku. Utrudnienie to polega w szczególności na sprzedaży przez Konsorcjum Impel towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy ZNK). Jednocześnie jest też oczywiste, iż zaoferowanie tak rażąco zaniżonej ceny za usługę ochrony ma na celu tylko i wyłącznie eliminację konkurencyjnych wykonawców, ubiegających się o przedmiotowe zamówienie.

Z powyższego wynika, że zachowanie Konsorcjum Impel wprost godzi w uczciwą konkurencję, która powinna być zachowana w każdym przetargu publicznym. Na straży tego

stoi właśnie norma z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący za swoje przyjmuje stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 14 stycznia 2014r., sygn. akt: KIO 2936/13.

Konsorcjum Impel, oferując wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę nierealną i nie zapewniającą zysku, dopuściło się naruszenia dobrych obyczajów kupieckich, co w myśl art. 3 ust. 1 ustawy ZNK stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Konsekwentnie, oferta Konsorcjum Impel podlega odrzuceniu z uwagi na dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze zarzuty i żądania oraz argumentację przedstawioną w odwołaniu, Odwołujący podniósł, że odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, w tym Istotnych Postanowień Umowy, ofert złożonych w postępowaniu, wyjaśnień złożonych w toku prowadzenia postępowania odnośnie rażąco niskiej ceny, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, prowadzi do

17

wniosku, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, wbrew stanowisku Zamawiającego, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Wniosek o oddalenie z tego powodu odwołania uznano za niezasadny.

Zamawiający już na posiedzeniu przed Izbą podniósł, że termin związania ofertą upływał w dniu 3 sierpnia 2016 r. Wykonawca Odwołujący nie złożył oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, a jedynie w dniu 27 lipca 2016 roku przesłał Zamawiającemu aneks do gwarancji ubezpieczeniowej zabezpieczającej wadium. Zdaniem Zamawiającego upływ terminu związania ofertą oznaczał, że oferta Odwołującego straciła ważność, a Odwołujący utracił prawo do kontynuowania udziału w postępowaniu.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że termin związania ofertą upływał w dniu 3 sierpnia 2016 oraz że Odwołujący przedłużył ważność wadium w dniu 27 lipca 2016 roku. Odwołujący nie zgadzał się z twierdzeniem Zamawiającego, że nie złożył oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Twierdził, że takie oświadczenie przesłał Zamawiającemu 22 sierpnia 2016 roku, po otrzymaniu wezwania. Na rozprawie Odwołujący kopią tego oświadczenia nie dysponował. Jednocześnie wykonawca podkreślał, że wyrażał wielokrotnie zainteresowanie uzyskaniem zamówienia składając do zamawiającego wnioski o udostępnienie informacji o stanie postępowania, a także wnosząc odwołanie, w którym domagał się wybrania jego oferty jako najkorzystniejszej. Zamawiający na pytanie dlaczego wobec zaistniałej sytuacji, tj. braku oświadczenia ze strony wykonawcy, dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej nie wykluczył Odwołującego, odparł jedynie, że przedłużenie ważności wadium i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej miały miejsce w tym samym dniu, to jest 27 lipca 2016 roku.

W ślad za stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przytoczonym w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z 2 listopada 2012 r. (sygn. akt KIO KD 85/12), podkreślić należy, że doktryna prawa cywilnego – stosowanego pomocniczo w procedurze udzielania zamówienia na podstawie art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych – uznaje,

że okres związania ofertą wyznacza de facto okres ważności oferty. Jednakże podkreślić należy z całą mocą, że zasada związania ofertą sformułowana przez art. 66 k.c. doznaje modyfikacji na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych. To nie wykonawca składający ofertę określa termin związania ofertą, ale zamawiający, jedynie w takich granicach, jakie

18

określa art. 85 ust. 1 ustawy. To nie wykonawca formułuje treść zobowiązań wynikających z ewentualnego przyjęcia oferty przez zamawiającego, lecz jest ona wyznaczona postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a co za tym idzie, oferta składana przez wykonawcę stanowi rodzaj przyjęcia zaproszenia, niejako „oferty” zamawiającego w zakresie ustalenia przedmiotu zamówienia.

Oferta, o której mowa w art. 66 kodeksu cywilnego, jest oświadczeniem wyrażającym stanowczą decyzję oferenta dotyczącą zawarcia umowy, przy czym sens tej stanowczości polega na tym, że zbędne są już po stronie oferenta jakiegokolwiek dalsze oświadczenia, aby umowa doszła do skutku. Ta właśnie stanowczość powoduje po stronie oferenta stan związania, polegający na tym, że oblat może przez samo przyjęcie oferty doprowadzić do zawarcia umowy o treści określonej w ofercie. Z uwagi na znaczną uciążliwość związania dla oferenta, stan ten został ograniczony terminem – po upływie którego związanie ofertą wygasa. W konsekwencji, po upływie tego terminu oferta w rozumieniu art. 66 k.c. traci swoją podstawową właściwość, jaką jest stanowczość woli zawarcia umowy skutkująca automatycznym zawarciem umowy w przypadku przyjęcia oferty przez oblata, a zatem nie może już być uznawana za ofertę skuteczną i ważną.

Oferta składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego waloru stanowczości, w rozumieniu wskazanym powyżej, nie posiada. Należy bowiem zauważyć, że dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej nie powoduje powstania pomiędzy nim, a wykonawcą stosunku umownego (automatycznego zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego), a jedynie uprawnia go do żądania od wykonawcy złożenia kolejnego oświadczenia woli w przedmiocie zawarcia umowy. Związanie ofertą na gruncie zamówień publicznych oznacza zatem jedynie powstanie po stronie wykonawcy obowiązku złożenia – w przypadku wyboru jego oferty – oświadczenia woli w przedmiocie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku, gdy wykonawca obowiązku tego nie dopełni, umowa nie zostanie zawarta.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, upływ terminu związania ofertą nie powoduje zatem utraty przez ofertę waloru stanowczości, polegającego na umożliwieniu oblatowi (zamawiającemu) doprowadzenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez samo przyjęcie oferty. Z tego względu na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych upływ terminu związania ofertą nie decyduje o skuteczności oferty, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. W związku z powyższym, brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta, która nie wiąże wykonawcy, straciła cechy oferty. A zatem, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, jest na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dopuszczalne. Tym samym także upływ terminu związania ofertą nie powoduje utraty przynależności wykonawcy i nie stanowi przesłanki negatywnej braku interesu

19

w uzyskaniu zamówienia, która warunkuje możliwość korzystania nie środków ochrony prawnej (por. wyroki KIO z dnia: 2 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 655/13, 17 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 719/13, 21 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1007/13, KIO 1021/13, KIO 1050/13, KIO 1054/13, 28 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1953/13).

Analogiczne stanowisko jak wyrażone w orzecnictwie Izby przyjęte zostało także w orzecnictwie sądów powszechnych (por. wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 17 stycznia 2013 r. sygn. akt IX Ga 392/13, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 16 listopada 2014 r., sygn. akt XXIII Ga 924/14). Jednocześnie zauważyć należy, że w orzecnictwie prezentowane jest też stanowisko odmienne (por. wyrok Sadu Okręgowego w Tarnowie z 13 lutego 2014 r. sygn. akt I Ca 495/13).

W konsekwencji skład orzekający Izby w przedmiotowej sprawie stwierdził, że Odwołujący wykazał przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim - za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty wybranej. Ustalenie, że Zamawiający z naruszeniem

przepisów ustawy Pzp zaniechał odrzucenia oferty wybranej skutkowałoby koniecznością nakazania Zamawiającemu wykonania takiej czynności, czego efektem może być wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: **(1) Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp. k. (Lider); (2) Impel Security Polska Sp. z o.o. (Partner); (3) Impel Monitoring Sp. z o.o. Sp. k. (Partner), z siedzibą dla Lidera we Wrocławiu.** Przystąpienie uznano za skuteczne. Przystępujący wnioskował o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający na rozprawie wnioskował o uznanie odwołania w całości za niezasadne.

Ustalono, że w wyniku uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania wniesionego przez tego samego Odwołującego, Zamawiający wezwał konsorcjum Impel do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Wykonawca w dniu 25 lipca 2016 roku złożył wyjaśnienia wraz z załącznikami, zawierające kalkulację ceny, jednocześnie część wyjaśnień, w tym kalkulację oraz treść umowy z podwykonawcą objął tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający ocenił wyjaśnienia jako wiarygodne i wybrał ofertę konsorcjum Impel do realizacji zamówienia.

W toku postępowania Zamawiający odpowiadał na następujące pytania:

Na Pytanie nr 9 o brzmieniu:

20

W wyniku uchwalenia ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 29 sierpnia 2014 r., proszę o wyjaśnienie, czy wszyscy pracownicy przewidziani do realizacji usługi winni być zatrudnieni wyłącznie na umowę o pracę na pełny etat?

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

Na podstawie art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy, Zamawiający wymaga, aby wszyscy pracownicy świadczący usługę w zakresie bezpośredniej ochrony fizycznej w obiektach Zamawiającego byli zatrudnieni na podstawie umowy o pracę zgodnie z Kodeksem Pracy w pełnym wymiarze czasu pracy (pełen etat), przez cały okres realizacji przedmiotu zamówienia.

Na Pytanie nr 18 o brzmieniu:

„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca zatrudnił co najmniej 30 pracowników świadczących usługę w w obiektach zakresie bezpośredniej ochrony fizycznej Zamawiającego na podstawie umowy o pracę (pełen etat), przez cały okres realizacji zamówienia”. Czy dopuszczalne jest, aby pozostałe pensum godzinowe było realizowane przez osoby zatrudnione na podstawie umów cywilno-prawnych?

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

Zamawiający udzielił odpowiedzi w treści odpowiedzi nr 9.

Odpowiedzi Zamawiającego na pytania dotyczące zmiany wynagrodzenia wykonawcy, z uwagi na projektowane ustalenie minimalnej stawki w wysokości 12,00 PLN/godz. w umowach cywilnoprawnych, wskazują, że Zamawiający w ogóle nie dopuszcza, by wykonawca wykonywał przedmiotowe zamówienie osobami zatrudnionymi na podstawie umów cywilnoprawnych.

Na Pytanie nr 4 o brzmieniu:

Czy w związku z Projektem ustawy z dnia 15 stycznia 2016r o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz ustawy o Państwowej inspekcji Pracy, Zamawiający przewiduje wprowadzenie zapisów dot. zmian do umowy uwzględniających zmianą wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu ustalenia w/w ustawą min. stawki 12,00 zł za każdą godz. pracy osób wymienionych w art. 1.3) projektu ustawy jw.? Wnoszą o wprowadzenie do umowy zapisu regulującego powyższą kwestię.

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

Zamawiający nie przewiduje zmiany treści SIWZ w tym zakresie.

Na Pytanie nr 5 o brzmieniu:

Czy w przypadku braku wyrażenia przez Zamawiającego zgody na wprowadzenie do umowy zapisów, o których mowa w pytaniu nr 4, Zamawiający wyrazi zgodą na zawarcie w umowie, klauzuli, która umożliwi obu stronom rozwiązanie umowy za wypowiedzeniem tj.: „każda ze stron ma prawo wypowiedzieć umowę z zachowaniem 3 miesięcznego okresu

wypowiedzenia".

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

21

Zamawiający nie przewiduje zmiany treści SIWZ w tym zakresie.

Na Pytanie nr 6 o brzmieniu:

Czy w sytuacji złożenia przez wykonawcę oferty uwzględniającej koszty, o których mowa w pytaniu nr 9, wykonawca zobowiązany jest do podania w ofercie dwóch oddzielnych miesięcznych ryczałtów wynagrodzenia z podziałem na:

- okres, w którym nie będzie jeszcze obowiązywała minimalna stawka 12,00 zł za godzinę pracy osób wymienionych w art. 1.3) Projektu ustawy z dnia 15 stycznia 2016r.

- o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz ustawy o Państwowej Inspekcji Pracy

- pozostałe lata/okres obowiązywania umowy, w których będzie już obowiązywała minimalna stawka 12,00 zł za godzinę pracy osób wymienionych w art. 1.3) projektu ustawy jw. Jeżeli tak, wnoszą o modyfikację formularza ofertowego o odpowiednie zapisy.

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

Zamawiający nie przewiduje zmiany treści SIWZ w tym zakresie.

W pozostałym zakresie Odwołujący prawidłowo przytoczył w odwołaniu fragmenty zapisów SIWZ, w tym wzoru umowy, mające znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba oddaliła odwołanie stwierdzając, że nie potwierdziły się zarzuty podniesione w odwołaniu.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-2 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia

Odwołującemu zastrzeżonych przez konsorcjum Impel informacji w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ponieważ niewątpliwie możliwość odniesienia się wprost do treści tych dokumentów, ma wpływ na treść uzasadnienia Izby w zakresie kolejnych zarzutów sformułowanych w odwołaniu przez Odwołującego.

W zakresie uwag natury ogólnej, zauważyć należy, iż definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zgodnie z którym przez tajemnicę 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 ich poufności.

Z legalnej definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

22

i) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,

ii) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,

iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odnosnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.

Odnosnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

Odnosnie warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona

informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Dalej dostrzeżenia wymaga, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania powinna być interpretowana w sposób ścisły, a Zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty. Podkreślić należy, że ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony, zaś brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia.

Istotą sporu było, czy informacje znajdujące się w wyjaśnieniach konsorcjum Impel, zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa walor ten istotnie posiadają.

23

Jak już podkreślono zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest generalną i naczelną zasadą zamówień publicznych, zaś wszelkie wyjątki od niej winny być interpretowane w sposób ścisły, ostrożny i uzasadniony obiektywnymi okolicznościami faktycznymi i prawnymi. Zasada jawności postępowania obejmuje wszelkie zainteresowane podmioty, a więc jest zasadą *erga omnes*. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z okolicznością, iż ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami podmiotu Zamawiającego oraz w ramach kryteriów oceny ofert. W tym zakresie oferty winny być jawne nie tylko dla pozostałych wykonawców ale również dla każdego zainteresowanego.

Realizacja wyjątków od zasady jawności uregulowanej w ustawie Pzp jest oparta na przepisach szczególnych, w tym przepisach ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest uwarunkowane subiektywnymi odczuciami Wykonawcy, a wręcz przeciwnie - konieczne jest spełnienie czynników o charakterze obiektywnym. Powyższy przepis przyznaje wykonawcom prawo do ochrony informacji spełniających kryteria tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym mogą oni zgodnie z uregulowaniami art. 8 ust. 4 ustawy Pzp zastrzec tego rodzaju informacje, co jednak nie pozbawia tej czynności jakiegokolwiek kontroli. Podstawą faktyczną uznania danej informacji za podlegającą ochronie jest jej charakter oraz przedsięwzięte przez wykonawcę czynności zmierzające do jej ochrony i zachowania jej poufnego charakteru.

W świetle ugruntowanego orzecznictwa, w celu zachowania zasady jawności w prowadzonym postępowaniu zamawiający ma obowiązek weryfikacji dokonanego przez wykonawców zastrzeżenia w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, pod kątem jego zasadności. Na obowiązek badania przez zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005

roku, sygn. akt III CZP 74/05. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Tym samym zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy zamawiający w wyniku przeprowadzonego odpowiedniego badania przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Badanie to powinno polegać na wszechstronnej analizie zarówno treści zawartych w zastrzeżonych dokumentach, jak i okoliczności towarzyszących zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie może natomiast w sposób bezkrytyczny opierać się jedynie na zastrzeżeniu, lecz winien oczekiwać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony.

Podkreślić należy, iż przyczyny wyłączenia jawności winny mieć charakter na tyle

24

obiektywny, by możliwa była ich weryfikacja zarówno przez Zamawiającego, jak i w postępowaniu odwoławczym. Ponadto Zamawiający nie może zastrzeżonych informacji traktować całościowo, ale musi do każdej informacji podchodzić indywidualnie i w efekcie tych działań może w stosunku do niektórych informacji uznać, że można je ujawnić mimo formalnie poprawnego zastrzeżenia dokonanego przez wykonawcę.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego sporu, złożone przez konsorcjum Impel uzasadnienie, dlaczego materię wyjaśnień kalkulacji i przyjętych założeń realizacji przedmiotu zamówienia traktować należy jako tajemnicę przedsiębiorstwa, Izba uznała za wystarczające. Wyjaśnienia te nie były ogólne, wbrew twierdzeniom Odwołującego, wskazywały na charakter zastrzeżonych informacji oraz podjęte przez środki, aby dana nie była znana ogółowi uczestników wykonawców informacja postępowania. Odniesiono się do faktu jaką wartość gospodarczą posiadają dane informacje dla wykonawcy. Konsorcjum Impel wyjaśniło, że poszczególne informacje wynikające z wyjaśnień obrazują poziom i sposób kalkulacji kosztów, a ich ujawnienie mogłoby negatywnie wpłynąć na pozycję wykonawcy na rynku danych usług. Tym samym więc wykonawca wskazał jaką wartość gospodarczą posiadają dane informacje. Zauważyć także należy, iż w dołączonej umowie o współpracy z podwykonawcą znajduje się klauzula poufności.

W ocenie składu orzekającego Izby informacje ujęte w wyjaśnieniach odnoszących się do ceny stanowią, w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, informacje posiadające dla danego przedsiębiorcy wartość gospodarczą, ponieważ są to informacje dotyczące sposobu budowy szczegółowej kalkulacji ceny dla danego Zamawiającego w tabelarycznie przedstawiony przez wybranego wykonawcę sposób. W tabeli ujęto główne koszty składające się na przedmiot zamówienia, w tym koszty wynagrodzeń pracowniczych, koszty wyposażenia, koszt współpracy z grupą interwencyjną, uzyskiwaną wysokość dotacji dla określonej ilości osób oraz marżę wykonawcy. Załączona umowa o współpracy odnosi się do warunków handlowej współpracy między Przystępującym a podwykonawcą. Takie informacje mogą i posiadają zatem szczególną wartość gospodarczą ze względu na uwarunkowania rynkowe w branży usług ochroniarskich, gdzie głównym składnikiem cenotwórczym są koszty osobowe. Wskazać należy, że wartość gospodarcza określonej informacji poufnej przejawia się co do zasady w możliwości wykorzystania tej informacji w walce konkurencyjnej. Chodzi więc o wykazanie, że dana informacja dotyczy działalności gospodarczej określonego przedsiębiorcy i może być wykorzystana w walce konkurencyjnej. W orzecznictwie przyjmuje się, że informacje składające się na tajemnicę przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub

25

przysparza mu więcej zysków. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczający (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia z dnia 11 września 2014 r., sygn. akt II PK 49/14). Niewątpliwie z taką informacją mamy w przedmiotowym postępowaniu do czynienia. Analiza ofert złożonych w postępowaniu pokazuje, że korzystniejszą cenowo ofertę złożyli wykonawcy, którzy umieli skalkulować korzystnie koszty osobowe, tak aby z jednej strony spełnić wymagania Zamawiającego opisane w SIWZ, a z drugiej strony znaleźć sposób, aby konkurencyjnie skonstruować propozycję cenową. Tym samym więc informacja o polityce wynagrodzeń pracowników, ilości pracowników dedykowanych do wykonania zamówienia i ułożeniu warunków pracy dla tych pracowników zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wpisuje się w charakter informacji istotnych z punktu widzenia działalności danego wykonawcy.

Zauważyć dalej należy, że Odwołujący nie wykazał, by informacje z oferty Przystępującego miały charakter publiczny. Na powyższą okoliczność Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, ograniczając się jedynie do twierdzeń, że wysokość dotacji z tytułu zatrudniania osób niepełnosprawnych wynika choćby z ustawy budżetowej. Analiza poczynionych przez Odwołującego w odwołaniu kalkulacji oraz analiza tych samych danych ujętych w wyjaśnieniach Przystępującego konsorcjum Impel, prowadzi do wniosku, że Odwołującemu nie udało się prawidłowo wyliczyć przyjętej wysokości dotacji, co przeczy tezie o publicznym charakterze tych informacji. Izba dokonując analizy złożonych dokumentów i wyjaśnień, uznała, iż dokumenty te będące zbiorem informacji o sposobie

realizacji zamówienia mogą mieć wartość gospodarczą. O ile można by przyjąć, że niektóre informacje, wyrwane z kontekstu całego dokumentu zawierają informacje jawne, o tyle cały zbiór informacji zawartych w poszczególnych wyjaśnieniach obrazuje sposób realizacji zamówienia przyjęty przez wykonawcę, który warunkuje zaoferowanie konkurencyjnej ceny.

Izba stwierdza, iż na podstawie otrzymanych wyjaśnień Zamawiający zasadnie doszedł do wniosku o skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający dochował należytej staranności w przeprowadzeniu procesu badania skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Z tych względów uznano, że swoim postępowaniem Zamawiający nie naruszył przepisów odnoszących się do przestrzegania zasady jawności w postępowaniu.

Odnosnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 3, 4 ustawy Pzp, w pierwszej kolejności zauważyć należy, iż zarzuty te skonstruowane zostały w oparciu o założenia poczynione przez Odwołującego, bez znajomości szczegółowych elementów oferty i wyjaśnień Przystępującego konsorcjum Impel, a więc z góry konstrukcja

26

taka może być obarczona pewnego rodzaju błędem w rozumowaniu o wnioskowaniu z niewiadomego. Przeprowadzona przez Izbę analiza porównawcza założeń Odwołującego oraz oferty i wyjaśnień Przystępującego pokazuje, że Odwołujący poczynił niewłaściwe założenia, co w konsekwencji prowadziło do konieczności uznania przez Izbę zarzutów za niepotwierdzone.

Rozpoznając zarzut odnoszący się do wyjaśnień cenowych złożonych przez konsorcjum Impel, z uwag natury ogólnej zauważyć należy, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Możliwość zastosowania przywołanego przepisu poprzedzona być musi wyczerpaniem przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej cenę, którą reguluje art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ze stanowiska doktryny oraz orzecznictwa wynika, że procedura wyjaśniająca nie może być pominięta (tak wyrok ETS z 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88). Jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone lub z ich treści wynika, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną, ofertę należy odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Automatyczne przyjmowanie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską, jest niedopuszczalne. Ocena, czy zaoferowana cena jest niewiarygodna, dokonywana jest w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, gdy w okolicznościach sprawy zachodziły podstawy do wszczęcia takiej procedury wyjaśniającej. Ustawodawca nie przewidział bowiem procedury automatycznego odrzucania oferty z najniższą, tudzież najwyższą ceną i wyboru oferty najkorzystniejszej z pośród pozostałych.

Samo pojęcie rażąco niskiej ceny w ustawie Pzp nie jest zdefiniowane. Przyjmuje się za orzecznictwem europejskim, orzecznictwem sądów okręgowych, KIO oraz doktryną, iż za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). W wyroku z dnia 28 marca 2013 roku KIO przyjęła, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne (sygn. akt KIO 592/13). O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać (tak KIO w wyroku z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11).

27

Z kolei art. 90 ust. 1 ustawy Pzp regulujący instytucję wyjaśnień ma na celu ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający korzystając z tej regulacji, w sytuacji, kiedy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami, w szczególności kiedy cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub

średniej arytmetycznej wszystkich cen złożonych w postępowaniu, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. 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. Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym o wyborze oferty (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8.04.2009 r., sygn. Akt XII Ca 59/09).

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać Zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie Zamawiającego. Niewątpliwie przy ocenie wyjaśnień uwzględnić należy treść samego wezwania wystosowanego przez Zamawiającego.

Zamawiający, gdy otrzyma odpowiedź na swoje wezwanie kierowane do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, powinien poddać ją bardzo wnikliwej analizie. Przede wszystkim w pierwszej kolejności powinien ustalić czy taką odpowiedź można w ogóle uznać za wyjaśniania składane przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Nie każde bowiem pismo składane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego może być uznane za takie wyjaśnienia. Prawidłowo złożone wyjaśnienia muszą spełniać wymagania określone w art. 90 ust. 1 Pzp i pozwalać Zamawiającemu na dokonanie oceny w takim zakresie jak wynika to z art. 90 ust. 2 Pzp. Nie jest zatem wystarczające nazwanie pismo „wyjaśnieniami” czy powołanie się w jego treści na art. 90 ust. 1 Pzp. Dla uzasadnienia takiego twierdzenia można przywołać orzeczenie KIO z dnia 12 października 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1415/09) oraz orzeczenie KIO z dnia 17 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 262/09).

W konsekwencji wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot

28

(o ile takowe w ogóle są podane), ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu stwierdzić należy, że wykonawca konsorcjum Impel w wyjaśnieniach przedstawiło prawidłowe wyliczenia. Jak już wspomniano w uzasadnieniu orzeczenia przy rozpoznawaniu zarzutu tajemnicy przedsiębiorstwa, konsorcjum Impel w ujęciu tabelarycznym przedstawiło symulację kosztów składających się na cenę oferty. Wykonawca określił jaką liczbę pracowników przewidział do realizacji zamówienia, określił koszty z tym elementem kalkulacji związane, a więc koszty wynagrodzeń przy założeniu zatrudnienia wszystkich osób na umowę o pracę i przyjęciu wymaganej kwoty wynagrodzenia nie niższej niż najniższe minimalne wynagrodzenie. Wykonawca wskazał także koszty ponoszone będą na wyposażenie, określając jednocześnie w jaki sposób może te koszty ograniczyć lub obniżyć. W kalkulacji uwzględniono koszty grupy interwencyjnej, a w ramach materiału dowodowego złożono umowę o współpracy z podwykonawcą tej części zamówienia. Wyliczenie zawierało kwotę dotacji za zatrudnienie osób niepełnosprawnych z wyszczególnieniem na ile osób otrzymywana jest dana dotacja i w jakiej wysokości oraz uwzględniało marżę wykonawcy. W ocenie składu orzekającego Izby wyjaśnienia te były wystarczająco obszerne i szczegółowe, mogły więc być uznane za prawidłowo złożone. Wykonawca poza kalkulacją opisał jakie założenia do wyliczeń zostały przyjęte, a także wskazał, w jaki sposób przyjęte przez niego zasady realizacji zamówienia pozwoliły mu obniżyć cenę oferty. Wyjaśnienia te uznano za spójne i wiarygodne.

Odwolującemu nie udało się tym samym skutecznie zanegować i przedstawić innych okoliczności, które mogły przełożyć się na uznanie, że cenę oferty Przystępującego konsorcjum Impel należy traktować jak rażąco niską. W ocenie Izby złożone wyjaśnienia

mają charakter kompleksowy i rzeczowy. Przystępujący udowodnił Zamawiającemu, że zaofferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem składu orzekającego Izby złożone Zamawiającemu wyjaśnienia były na tyle szczegółowe i wyczerpujące, że nie zachodziła konieczność dodatkowego dowodzenia przed Izbą w postępowaniu odwoławczym i składania dodatkowych dokumentów, a w tym zakresie wystarczające okazało się odwołanie do treści złożonych wyjaśnień. Złożone na rozprawie pismo procesowe Przystępującego argumentacji wykraczającej poza ujętą w wyjaśnieniach z 25 lipca 2016 roku nie zawierało.

Zdaniem składu orzekającego Przystępujący pokazał w jakim stopniu wymienione przez niego w wyjaśnieniach czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny. Z tych powodów właśnie, w ocenie Izby, Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił złożone wyjaśnienia jako

29

wystarczające. Izba stwierdza, że Zamawiający należycie dokonał oceny wyjaśnień przyjmując, że wezwany Wykonawca wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Jak już zauważono w uzasadnieniu, Odwołujący do swoich wyliczeń przyjął błędne założenia (choćby co do liczby osób, które będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia), które nie wynikają z kalkulacji i oferty złożonej przez Przystępującego, stąd przedstawione przez Odwołującego wyliczenia nie są adekwatne do oceny oferty Przystępującego pod względem ceny rażąco niskiej, ale także zgodności treści tej oferty z treścią SIWZ. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Przystępujący nie wskazał w kalkulacji, że zamówienie będzie realizował za pomocą 30 osób. Tak więc wszystkie elementy odwołania z tezą tą związane nie mają racji bytu. W szczególności odnosi się powyższe do niezgodności treści oferty Przystępującego z przepisami prawa pracy w zakresie niedozwolonej liczby nadgodzin, a także niezgodności treści oferty z zapisami SIWZ o obowiązku przestrzegania przepisów prawa pracy w zakresie nadgodzin. Odwołujący w odwołaniu stwierdza, że Przystępujący zobowiązany będzie do realizacji zamówienia przy udziale 30 osób wymienionych w „Wykazie osób”. Dostrzeżenia jednak wymaga, że część oferty referująca do „zatrudnienia co najmniej 30 osób” związana była z potwierdzeniem spełniania warunku udziału w postępowaniu co do dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym i to na określonym poziomie minimalnych. Wskazanie w formularzu ofertowym, że wykonawca realizował będzie zamówienia przy udziale co najmniej 30 osób i złożenie wykazu z wyszczególnieniem tych osób w minimalnej wymagalnej liczbie, nie oznacza zdaniem Izby, że wykonawca nie mógł przewidzieć do wykonywania przedmiotu zamówienia większej ilości pracowników i tę większą ilość wykazać i ująć w kalkulacji. Odróżnić bowiem należy sferę wykazywania spełniania warunku udziału w postępowaniu na poziomie minimalnym od sfery budowania ceny oferty, tak, aby spełnione zostały inne wymogi opisu przedmiotu zamówienia, w tym przypadku związane z koniecznością zatrudnienia wszystkich osób na umowę o pracę z wynagrodzeniem odpowiadającym co najmniej najniższemu oraz pracy w systemie 24 godzinnym. Jak sam zauważył Odwołujący, przy takich wymaganiach jedynie przewidzenie większej niż minimalna liczby pracowników pozwalało ograniczyć koszty w zakresie nadgodzin. Skład orzekający Izby nie zgadza się także z twierdzeniami odwołania, że skład osobowy przewidziany do realizacji przedmiotu zamówienia w „Wykazie osób” jest niezmienny. Sam Zamawiający przewidział możliwość zmian osobowych, co biorąc pod uwagę charakter zamawianych usług, nie jest niczym nadzwyczajnym. Ponadto Zamawiający określił, że przed podpisaniem umowy wykonawca złoży ostateczną listę osób

30

i kopie dokumentów potwierdzający możliwość wykonywania obowiązków pracownika ochrony dla tych osób.

Za błędne uznano również założenie Odwołującego, że wykonywanie zamówienia nie może się odbywać przy wykorzystaniu osób niepełnosprawnych, co Odwołujący wywodził z brzmienia § 2 ust. 12 wzoru umowy. Z zapisu tego wynikało, że pracownicy ochrony winni stawiać się do pracy czysti, schludni, w umundurowaniu służbowym oraz w pełnej sprawności psychofizycznej. Zdaniem Izby pojęcia „sprawności psychofizycznej” nie należy utożsamiać z zakazem zatrudnienia osób posiadających orzeczenie lekarskie o niepełnosprawności.

W ocenie składu orzekającego Izby pod pojęciem tym należy rozumieć taki stan, który umożliwia pracownikowi podejmującemu pracę na danej zmianie wykonywanie czynności pracowniczych w sposób prawidłowy i niezakłócony ale jednocześnie stan ten nie jest związany ze stanem zdrowia osoby określającym poziom jej niepełnosprawności. Pojęcia tego nie użyto w SIWZ w odniesieniu do kwalifikacji (zdolności fizycznej i psychicznej do wykonywania zadań, stwierdzonej orzeczeniem lekarskim i psychologicznym), które musi spełniać osoba, aby wykonywać obowiązki pracownika ochrony ale w odniesieniu do poziomu dyspozycyjności psychofizycznej i stanu umożliwiającego prawidłowe (niezakłócone przez różne czynniki) wykonywanie czynności w ramach umowy przez każdą osobę bez względu na stopień niepełnosprawności.

Konkludując tę część rozważań, zauważyć należy, że cena oferty Odwołującego jest tylko w niewielkim procencie wyższa niż cena oferty Przystępującego. Biorąc pod uwagę, że wykonawcy uwzględnili podobną liczbę osób do realizacji zamówienia ale Przystępujący skorzystał z możliwości obniżenia kosztów poprzez zatrudnienie osób niepełnosprawnych, ta różnica w cenie jest całkowicie wytłumaczalna i jednocześnie uzasadnia prawidłowość kalkulacji Przystępującego. Treści oferty nie można było także uznać za niezgodną z innymi przepisami lub też za niezgodną z treścią SIWZ, ponieważ w ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający dopuścił po stronie wykonawców udział osób niepełnosprawnych.

Rozważając, czy w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z ofertą, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, z uwag natury ogólnej dostrzec należy, iż ustawa Pzp w zakresie definicji czynu nieuczciwej konkurencji odsyła do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Artykuł 3 tej ustawy stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Za czyny nieuczciwej konkurencji uważa się: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów lub usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do

31

rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produkcyjne, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby spełniającej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama. Jednym zaś z najostrzejszych przejawów nieuczciwej konkurencji jest zmowa przetargowa. W publikacji wydanej przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w 2013 roku wskazano najczęstsze formy niedozwolonej współpracy przedsiębiorców.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa w przypadku podnoszenia zrzutów czynu nieuczciwej konkurencji ważne jest skonkretyzowanie takiego czynu, którego popełnienia dopuścił się określony przedsiębiorca, a także konkretne określenie, jakiego rodzaju dobrym obyczajom przedsiębiorca uchybił. Odwołanie się przez ustawodawcę w ustawie Pzp do przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji powoduje, iż odrzucenie oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wymaga wskazania czynu nieuczciwej konkurencji, który wykonawcy jest przypisywany. Uznanie zaś konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz kwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu szczegółowego nieujętego w ramach rozdziału 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ("Czyny nieuczciwej konkurencji", art. 5-17) lub deliktu w nim ujętego, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (wyrok SN z 11.10.2002 r., III KKN 271/01). Przez pojęcie dobrych obyczajów rozumie się szczególną umiejętność, staranność zawodową, uczciwość działania oraz dobrą wiarę (M. Zdyb, A. Michalak, M. Moduszeński, J. Raglewski, J. Rasiewicz, M. Sieradzka, J. Sroczński, M. Szydło, M. Wyrwiński, komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Dobre obyczaje to swoistego rodzaju normy moralne i zwyczajowe mające zastosowanie m.in. w działalności gospodarczej. Od podmiotów prowadzących działalność gospodarczą oczekuje się szczególnej staranności i profesjonalizmu (rzetelności). Przedsiębiorca zobowiązany jest do przestrzegania reguł uczciwego obrotu (np. określonych w kodeksie dobrych praktyk obowiązujących w danej branży). Natomiast w wyroku KIO z dnia 4 lutego 2013 roku (sygn. akt KIO 149/13) podkreśla się, że zachowania jednych przedsiębiorców mogą w ocenie innych stanowić działania nieetyczne pod względem

handlowym, podczas gdy te same przejawy działalności tych samych wykonawców będą traktowane przez innych, jako nietransparentne, co należy rozumieć w ten sposób, że naruszenie dobrych obyczajów zawsze należy rozpatrywać w zestawieniu z konkretnym stanem faktycznym oraz normami / obyczajami obowiązującymi w danym środowisku.

Odwołujący tymczasem w sposób bardzo ogólnikowy przedstawił w odwołaniu zarzut naruszenia dobrych obyczajów. Zatem, zaniechanie ustalenia znamion konkretnego czynu nieuczciwej konkurencji powoduje, iż brak podstaw do stwierdzenia prawidłowości argumentacji Odwołującego. Adnotacji wymaga fakt, że formułowanie zarzutów w zakresie

32

popelnienia przez wykonawcę rywalizującego o zamówienie publiczne czynu stanowiącego nieuczciwą konkurencję, a w szczególności jeżeli budowany jest on w oparciu o klauzulę generalną z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, powinien być stwierdzony dowodami i nie może opierać się wyłącznie na hipotezach nie znajdujących odzwierciedlenia w rzeczywistości (m.in. wyrok z dnia 19 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2740/12). Jak już wyżej zaznaczono, zarzuty odwołania skonstruowane były przez Odwołującego w oparciu o założenia, które nie odpowiadały treści oferty Przystępującego konsorcjum Impel.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania. Zamawiający nie naruszył zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych w art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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).

Przewodniczący:

33