Sygn. akt: KIO 2115/16
KIO 2116/16

WYROK
z dnia 7 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 grudnia 2016 r. w W. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2016 r. przez:

A. I. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. (KIO 2115/16);
B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) E. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., (2) C.M.P. Spółka Akcyjna z siedzibą w W.,

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych w W.,

przy udziale:

A. B. i S.B. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. zgłaszającej przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 2115/16 i KIO 2116/16 po stronie zamawiającego,
B. I. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2116/16 po stronie zamawiającego,
C. T. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2116/16 po stronie zamawiającego;

orzeka:

---

1. **A.** uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 2115/16 i nakazuje Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych w W. w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. *Serwis pogwarancyjny elementów i podzespołów* środowiska *Mainframe – część A:* unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty B. i S.B. Sp. z o.o. w B. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych; oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
   B. uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 2116/16 i nakazuje Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych w W. w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. *Serwis pogwarancyjny elementów i podzespołów* środowiska *Mainframe – część A:* unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty B. i S.B. Sp. z o.o. w B. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, odtajnienie imienia i nazwiska podanego w pozycji 1 tabeli *Wykazu osób – część A zamówienia* złożonego przez B. i S.B. Sp. z o.o. w B.; oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
2. kosztami postępowania obciąża Zakład Ubezpieczeń Społecznych w W. i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez I. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) E. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., (2) C.M.P. Spółka Akcyjna z siedzibą w W. tytułem wpisów od odwołania,
   2.2. zasądza od Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w W. na rzecz I. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
   2.3. zasądza od Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w W. na rzecz wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) E. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., (2) C.M.P. Spółka Akcyjna z siedzibą w W. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i 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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia

jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w W..

Sygn. akt: KIO 2115/16, KIO 2116/16

U ZASAD N I EN IE

Zamawiający, Zakład Ubezpieczeń Społecznych w W., prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego p.n. *Serwis pogwarancyjny elementów i podzespołów* środowiska *Mainframe* – z podziałem zamówienia na części.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 30 lipca 2016 r. w Dz. Urz. UE Nr 2016/S 146-264852 oraz zamieszczono w siedzibie Zamawiającego i na jego stronie internetowej w dniu 27 lipca 2016 r.

W dniu 28 października 2016 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach.

Sygn. akt: KIO 2115/16

W dniu 7 listopada 2016 r. I. Sp. z o.o. w W. wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem czynności rozstrzygnięcia postępowania w części A zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp w związku z art 7 ust 1 Pzp i art. 96 ust 3 zdanie drugie − Pzp, przez zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych części wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, złożonych przez B. i S.B. Sp. z o.o. (dalej BSB), które to nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa;

art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp w związku z art 90 ust. 2 i 3 Pzp przez zaniechanie − odrzucenia oferty BSB Sp. z o.o., pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty BSB Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
2. Dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
3. Odtajnienia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych przez BSB Sp. z o.o. w zakresie, który nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa,
4. Odrzucenia oferty złożonej przez BSB Sp. z o.o.
5. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:
„[…]

I. Zaniechanie odtajnienia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych przez BSB Sp. z o.o., które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu złożył ofertę, która w wyniku badania i oceny ofert uplasowała się na drugim miejscu, za BSB Sp. z o.o.
Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający przekazał w dn. 28.10.2016 r.
Tego samego dnia Zamawiający podjął decyzję o ujawnieniu niektórych dokumentów z oferty i późniejszych wyjaśnień złożonych przez BSB Sp. z o.o., jednakże dotyczących wyłącznie złożonego wraz z ofertą wykazu osób.
Odwołujący w dniu 31.10.2016 r. zawnioskował o wgląd do wszystkich odtajnionych dokumentów, co Zamawiający udostępnił 02.11.2016 r.(jednakże w niewielkim zakresie, uniemożliwiającym weryfikację prawidłowości wyjaśnień. Zamawiający umożliwił wgląd do załączonej do wyjaśnień rażąco niskiej ceny umowy z C. (bez załączników), zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia (a więc jawnej z mocy samej ustawy Pzp), wezwania kierowane do BSB Sp. z o.o. odpowiednio z dnia 11.10.2016 r. i 26.10.2016 r., a także pismo przewodnie dotyczące uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzeżonej w złożonej przez BSB Sp. z o.o. ofercie, odnoszącej się do utajnionego wykazu osób.
W dniu 04.11.2016 r. Odwołujący ponownie zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie wszystkich złożonych przez BSB Sp. z o.o. uzasadnień do zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający pismem z dnia 04.11.2016 r. sygn. 993200/271/IN-617/2016 przesłał skany:

1) oświadczenia dotyczącego zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa, które było dołączone do oferty i odnosiło się do wyłącznie do zastrzeżonego wykazu osób;
2) pisma BSB Sp. z o.o. z 14.10.2016 r. i 28.10.2016 r. zawierające jedynie pierwszy i ostatni akapit pisma, z którego wynika, iż podstawą utajnienia jest dołączenie ofert wskazujących na źródło dostawy konkretnych elementów, a także informacje dotyczące okoliczności związanych z realizacją przedmiotu zamówienia.

Niniejsze wyjaśnienia stanowią tajemnice przedsiębiorstwa - prosimy nie udostępniać innym uczestnikom Postępowania, gdyż zawierają informacje, stanowiące podstawę wyliczenia wartości usług oferowanych w ramach przedmiotu zamówienia.
Wykonawca w ramach składanych wyjaśnień przedkłada oferty wskazujące na źródło **dostawy konkretnych a informacje dotyczące elementów, także przekazuje okoliczności związanych z realizacją przedmiotu zamówienia.**
Podejście do sposobu kalkulacji niewątpliwie stanowi know-how naszego o wartości. powyższych danych przedsiębiorstwa, niebagatelnej Ujawnienie pozwoliłoby innym podmiotom czerpać z doświadczenia naszej Spółki, co niewątpliwie na chwilę obecną daje pewną przewagę na rynku usług informatycznych.
Wykonawca każdorazowo podejmuje działania zmierzające do zachowania tychże informacji w poufności poprzez obowiązujące w Spółce procedury, które zostały już przedstawione na etapie składania oferty w uzasadnieniu do tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zważyć jednak należy, iż zasada jawności postępowania jest zasadą podstawową dla systemu zamówień publicznych. Jak podkreśla sam Urząd Zamówień Publicznych w opinii umieszczonej na stronie internetowej wszelkie odstępstwa od zasady jawności muszą podlegać bardzo wnikliwej kontroli, bowiem dopiero „rzeczywista *jawność i przejrzystość działania zamawiających i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są sposobami ograniczenia zjawisk patologicznych w sferze zamówień publicznych."*
Oczywistym jest, że treść wyjaśnień złożonych przez BSB Sp. z o.o. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie posiada w całości waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Taką właściwość być może posiadają pojedyncze elementy wyjaśnień, jak wysokość marży, wynagrodzenia pracowników, rabaty u dostawców, jednak pozostałe elementy po przesłonięciu danych wrażliwych powinny być udostępnione pozostałym wykonawcom, aby umożliwić zapoznanie i

weryfikację prawidłowości lub jej braku, skalkulowania ceny ofertowej.

6

Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający naruszając przepisy art. 8 ust. 1, 2 i 3 w związku z art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, zaniechał udostępnienia następujących obszarów wyjaśnień:

1. 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 - ponieważ taki obowiązek wynika z ogólnie obowiązujących przepisów,
2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów - ponieważ fakt udzielenie pomocy publicznej jest informacją o charakterze jawnym,
3. informacji oraz dowodów na to, że wykonawca uwzględnił w wyjaśnieniach wszystkie koszty niezbędne do realizacji usługi - ponieważ zakres usługi wynika z treści S1WZ, a obowiązkiem wykonawcy jest uwzględnienie w kalkulowanej cenie wszystkich elementów przyszłej umowy,
4. wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dla wykonawcy - większość z takich warunków ma charakter wiedzy powszechnie dostępnej, zwłaszcza jeżeli wykonawca w wyjaśnieniach powołuje się na doświadczenia zdobyte w innych publicznych kontraktach,
5. kosztów powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy, zgodnie z art. 90 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wnosi o odtajnienie treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny w szczególności zakresie wskazanym powyżej, gdyż nie jest możliwe aby cały dokument zawierał w swojej treści tylko i wyłącznie informacje kluczowe dla przedsiębiorstwa wykonawcy, które spełniałyby wszystkie przesłanki wymagane dla skutecznego wyłączenia zasady jawności postępowania.
Odwołujący nie kwestionuje zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu osób, natomiast zwraca uwagę, iż uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jest lakoniczne i ogólnikowe, co powoduje konieczność odtajnienia złożonych wyjaśnień. Spółka BS6 w uzasadnieniu zastrzeganej tajemnicy wykazała jako niejawne wyłącznie oferty wskazujące źródło dostawy sprzętu (złożone jako dowód do wyjaśnień) i informacje dotyczące okoliczności związanych z realizacją zamówienia, które to zawarte są w opisie przedmiotu zamówienia. Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosi o odtajnienie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

7

II. Zaniechanie odrzucenia oferty BSB Sp. z o.o., pomimo iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia wynosiła 4.278.956,62 zł.
Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert w części A wynosiła 3 191 866,00 zł.
Wykonawca BSB Sp. z o.o. zaoferował realizację usługi za kwotę 607 964,40 zł brutto, co oznacza, że oferta jest o ponad 85% niższa od budżetu Zamawiającego i ponad 80% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert.
Odwołujący złożył ofertę na kwotę 2 191 860,00 zł.
Cena ofertowa w przedmiotowym postępowaniu składa się z następujących elementów:

1. Koszt robocizny certyfikowanych inżynierów I., dostępnych 24 h/dobę przez 7 dni w tygodniu (Zamawiający wymagał dysponowania co najmniej dwoma inżynierami);
2. Koszt zakupu już zepsutego sprzętu;
3. Koszt zakupu sprzętu na stock;
4. Koszt zakupu serwera w przypadku awarii krytycznej (Zamawiający posiada 5 serwerów);

Powyższe kategorie kosztowe są obiektywne i mierzalne, ich poziom jest znany podmiotom wyspecjalizowanym w świadczeniu tego typu usług. Elementy zamówienia stanowią wartości konkretne, materialne, odnoszące się do dostaw sprzętu, a więc obiektywnie wyliczalne.
Należy też zwrócić uwagę, iż zgodnie z postanowieniami § 4 ust. 10 projektu umowy

świadczenie serwisu pogwarancyjnego będzie polegało na:

1. dostarczeniu wszelkich części zamiennych niezbędnych do wykonania napraw;
2. naprawie lub wymianie niesprawnych części urządzeń na części sprawne, przy czym Dostarczona jak i uszkodzona część pozostają własnością Za mawiającego;
3. zapewnieniu całodobowego dostępu do Centrum Zgłoszeniowego Wykonawcy D24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu, 365 dni w roku;
4. odbieraniu formularzy zgłoszeń awarii;
5. podejmowaniu w lokalizacji zamawiającego odpowiednich działań diagnostycznych Dpo przyjęciu formularza zgłoszenia awarii;
6. dojeździe do lokalizacji zamawiającego w celu realizacji usług serwisowych.

Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny sporządzone przez wykonawcę, powinny więc być odpowiednio szczegółowe i poparte dowodami oraz uwzględniać wszystkie uwarunkowania związane z realizacją zamówienia tj.: zaplecze techniczno - organizacyjne, koszt personelu

do obsługi serwisowej, koszt inżynierów, zakup serwera w pełnej konfiguracji w przypadku awarii krytycznej.

Obowiązkiem Zamawiającego natomiast była prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień, tj. z uwzględnieniem zgodności oferty z przedmiotem zamówienia oraz koniecznością wykazania przez Wykonawcę okoliczności, które są tylko dla niego indywidualne, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości.

Złożone wyjaśnienia powinny były wykazać brak domniemanego rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny, odnosić się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać kalkulację kosztów z uwzględnieniem ponoszonego ryzyka i godziwego zysku oraz wskazaniem konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny (co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie np. wyrok KIO z dnia 7 listopada 2014 r. KIO 2185/14). Czynniki obniżające koszty powinny mieć charakter obiektywny i nie być wspólne dla pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, którzy zaoferowali ceny bardziej zbliżone do poziomu rynkowego. Nie wystarczające przy tym jest jedynie ogólnikowe stwierdzenie, iż dany czynnik obniża koszty, ale konieczne jest, co najmniej, wskazanie w jakim stopniu lub o jaką wartość zostają zmniejszone obiektywne koszty wykonawcy, i jakie przełożenie znajduje to na zaoferowaną w postępowaniu cenę. Powyższe stanowisko potwierdza liczne orzecznictwo sądów okręgowych (wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie sygn. akt I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego Warszawa - Praga sygn. akt IV Ca 1299/09, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach sygn. akt XIX 179/13). Nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień wymieniających jedynie wysokość ponoszonych kosztów, bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami. Ponadto, Wykonawca wskazując elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, oprócz ich wymienienia, musi wskazać również, w jakim stopniu specyficzne dotyczące go okoliczności wpłynęły na obniżenie ceny oferty, aż do poziomu wskazanego w ofercie.

Odwołujący zwraca uwagę, że:

a) doświadczenie w realizacji tego typu usług, nie stanowi okoliczności, które wyróżniałyby BSB Sp. z o.o. na tle pozostałych wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu. Nie można zatem uznać, że okoliczności te uzasadniają zaoferowanie ceny na tak niskim poziomie, jak oferta BSB Sp. z o.o. Z udostępnionych (części odtajnionej) wyjaśnień wynika, że BSB Sp. z o.o. powołuje się na doświadczenie w realizacji umowy dla C., zawartej 13.08.2013 r., jednakże oprócz umowy nie przedstawiono żadnych innych dowodów potwierdzających (chociaż są one co do zasady jawne - np. SIWZ), że przedmiot zamówienia realizowany w ramach umowy z C. jest tożsamy do obecnie zamawianego w przetargu. Nie

dołączono również elementów umowy które określają wprost zakres świadczenia a jedynie zapisy formalne umowy. W szczególności brakuje załącznika nr 3 do umowy (to jest Szczegółowy Wykaz Sprzętu komputerowego klasy I. Mainframe) oraz Załącznika nr 2 do umowy (Szczegółowe warunki świadczenia usług). W

wyjaśnieniach nie znalazły się również informacje potwierdzające, że zamówienie zostało zrealizowane należycie. Zamawiający działając w zgodnie z ustawą Pzp winien zweryfikować, czy przedstawiony dowód uzasadnia zaoferowanie ceny na tak niskim poziomie. Przyjęcie a priori części formalnej umowy za dowód, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny jest nierzetelne i zdecydowanie przedwczesne. W tego typu usługach kluczowy jest faktyczny zakres usług i potwierdzenie, że wykonawca należycie wywiązał się ze swoich zobowiązań. Odwołujący wnosi aby Zamawiający zobowiązał wykonawcę BSB Sp. z o.o. do przedstawienia pełnej dokumentacji związanej z realizacją umowy C.- ZZAK.3201.13.2013 zawartej 13.08.2013 r.

b) nie sposób twierdzić, że doświadczenie BSB Sp. z o.o. wyróżnia tego wykonawcę na tyle, aby być czynnikiem umożliwiającym mu obniżenie ceny za realizację przedmiotu zamówienia chociażby w stosunku do Odwołującego, dysponującego doświadczeniem w realizacji tego typu usług, a którego cena oferty została złożona na poziomie 2 191 860,00 zł (czyli o ponad 72 % więcej niż cena oferty BSB Sp. z o.o.). W wyjaśnieniach (części odtajnionej) BSB Sp. z o.o. powołuje się na podwykonawcę Pana A.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą COMTEC, który dzięki realizacji usług dla instytucji państwowych i prywatnych posiada doświadczenie i wiedzę praktyczną. BSB Sp. z o.o wskazuje na czterdziestoletnie doświadczenie swojego podwykonawcy, podczas gdy z CEIDG wynika, iż Pan J. prowadzi działalność gospodarczą od 01.12.2001 r. Na marginesie Odwołujący zwraca uwagę, iż przywołane w wyjaśnieniu doświadczenie w realizacji zamówień dla instytucji państwowych również powinno zostać odtajnione. Stanowczo jednak należy podkreślić, że żadne doświadczenie i wiedza praktyczna nie uzasadniają możliwości realizacji zamówienia za tak zaniżoną cenę.

c) Jeżeli w swoich wyjaśnieniach BSB Sp. z o. powoływał się na „efektywne gospodarowanie zasobami ludzkimi", to konieczne było wskazanie przez wykonawcę wysokości ponoszonych kosztów pracy (w tym kosztów związanych z wynagrodzeniem należnym za godziny pozostawanie w gotowości z uwagi na tryb pracy 24/7) z uwzględnieniem konieczności pozyskania bardzo wykwalifikowanego zespołu. Ponownie, nie jest wystarczające samo powołanie się na tę okoliczność, bez wskazania wymiernego przełożenia organizacji pracy na cenę oferty, w

szczególności, brak jest podstaw do przyjęcia, że jest ona bardziej efektywna, niż w przypadku pozostałych wykonawców.

d) Zamawiający w wezwaniu z dnia 26.10.2016 r. o dodatkowe wyjaśnienia dopytywał, czy w kalkulacjach zużycia części zamiennych wykonawca BSB Sp. z o.o. wziął pod uwagę przyjęcie do serwisu urządzeń częściowo niesprawnych, które nie były objęte serwisem i nie były naprawiane przez wiele miesięcy przed rozpoczęciem świadczenia usługi. Powyższe wskazuje, że w pierwszych wyjaśnieniach wykonawca BSB Sp. z o.o. w sposób niewystarczający wykazał koszty zakupu niezbędnych części mające wpływ na tak znaczące zaniżenie ceny ofertowej, lub w ogóle ich nie uwzględnił w kalkulacji. Przy serwisie urządzeń co do których sam Zamawiający wskazuje, że mogą być niesprawne konieczne jest uwzględnienie kosztów sprzętowych łącznie z ewentualnym zakupem nowego serwera w pełnej konfiguracji w przypadku awarii krytycznej (Zamawiający posiada pięć takich serwerów). W kalkulacji konieczne było również uwzględnienie naprawy już zdiagnozowanego uszkodzenia w serwerze CP4, S/N 83-593EE - braku zasilania w Alternate Support Element Console. Poza tym, oprócz wskazania ewentualnych rabatów czy zniżek od dostawców części, konieczne jest wykazanie i udokumentowanie, w jakim stopniu okoliczność ta przekłada się na cenę złożonej oferty, jakiego rodzaju i jakiej wielkości są to oszczędności w ponoszonych kosztach realizacji zamówienia, gdyż Odwołujący również zawarł umowy z dostawcami z wynegocjowanymi preferencyjnymi stawkami i rabatami, a mimo wszystko nie zaoferował kwoty nierealistycznej, niewiarygodnej i oderwanej od realiów rynkowych.

e) w niniejszym postępowaniu dla prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej niezbędne było przewidzenie w złożonej ofercie ryzyk związanych z możliwością naliczenia przez Zamawiającego kary umownej w przypadku opóźnienia czasu naprawy. Zamawiający w § 6 ust. 1 projektu umowy zastrzegł, że w przypadku opóźnienia

czasu naprawy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 20.000 zł za każdą godzinę opóźnienia. W przypadku opóźnienia wynoszącego dobę, kara umowna wyniesie 480.000 zł. Biorąc pod uwagę wysokość ceny zaoferowanej przez BSB Sp. z o.o. jedna doba opóźnienia spowoduje utratę jakiejkolwiek opłacalności wykonania świadczenia.

Reasumując, oferta BSB Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona. Odwołujący zwraca uwagę, że Zamawiający mając świadomość nierealnej ceny w zadaniu A, na etapie oceny ofert dwukrotnie zwracał się o jej wyjaśnienie.

[…]"

Sygn. akt: KIO 2116/16

W dniu 7 listopada 2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: (1) E. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., (2) C.M.P. Spółka Akcyjna z siedzibą w W., wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem czynności rozstrzygnięcia postępowania w części A zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1-3, art. 22 ust. 1 pkt 3, art. 24 ust. 1 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 5, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 4-5, art. 89 ust. 1, 2 i 8, art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, ewentualnie: art. 26 ust. 2b i art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez:

1) Zaniechanie odtajnienia treści ofert B. i S.B. Sp. z o.o. pomimo, że część oferty oznaczona jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zawiera takiej tajemnicy,
2) Zaniechanie odtajnienia treści ofert I. Sp. z o.o. pomimo, że część oferty oznaczona jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zawiera takiej tajemnicy,
3) Zaniechanie odtajnienia treści ofert T. Sp. z o.o. pomimo, Ze część oferty oznaczona jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zawiera takiej tajemnicy,
4) Zaniechanie odtajnienia treści wyjaśnień B. i S.B. Sp. z o.o. dotyczących rażąco niskiej ceny, pomimo, że wyjaśnienia te nie zawierają tajemnicy przedsiębiorstwa,
5) Zaniechanie odtajnienia treści wyjaśnień I. Sp. z o.o. dotyczących rażąco niskiej ceny, pomimo, że wyjaśnienia te nie zawierają tajemnicy przedsiębiorstwa,
6) Zaniechanie odtajnienia treści wyjaśnień T. Sp. z o.o. dotyczących rażąco niskiej ceny, pomimo, że wyjaśnienia te nie zawierają tajemnicy przedsiębiorstwa,
7) Zaniechanie wykluczenia wykonawcy B. i S.B. Sp. z o.o., pomimo nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
8) Zaniechanie wykluczenia wykonawcy I. Sp. z o.o., pomimo nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,

---

9) Zaniechanie wykluczenia wykonawcy T. Sp. z o.o., pomimo nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
10) Zaniechanie wykluczenia Wykonawcy B. i S.B. Sp. z o.o., pomimo podania nieprawdziwych informacji, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania tj. listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej,
11) Zaniechanie wykluczenia Wykonawcy I. Sp. z o.o., pomimo podania nieprawdziwych informacji, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania tj. listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej,
12) Zaniechanie wykluczenia Wykonawcy T. Sp. z o.o., pomimo podania nieprawdziwych informacji, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania tj. listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej oraz zaświadczenia z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w płatnościach podatków; ewentualnie zaniechanie wyjaśnienia autentyczności zaświadczenia z Urzędu Skarbowego,
13) Zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy B. i S.B. Sp. z o.o., pomimo, iż zawiera rażąco niską cenę,

14) Zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy I. Sp. z o.o., pomimo, iż zawiera rażąco niską cenę,
15) Zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy T. Sp. z o.o., pomimo, iż zawiera rażąco niską cenę,
16) Zaniechanie odrzucenia oferty T. Sp. z o.o. z uwagi na brak wykazania umocowania do podpisania oferty przez Panią K.B.,
17) Zaniechanie wykluczenia T. Sp. z o.o. z uwagi na niewykazanie braku zaległości z uiszczaniem podatków,
18) Ewentualnie zaniechanie wezwania Wykonawcy B. i S.B. Sp. z o.o. do uzupełnienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej,
19) Ewentualnie zaniechanie wezwania T. Sp. z o.o. do uzupełnienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej
20) Ewentualnie uznanie, że wykonawca I. Sp. z o.o. spełnia warunek udziału w postępowaniu w oparciu o udostępnione zasoby podmiotów trzecich pomimo, że udostępnienie to - z uwagi na nieprzewidywanie podwykonawstwa - ma charakter pozorny, a także z uwagi na braki w treści zobowiązania podmiotu trzeciego,
21) Ewentualnie uznanie, że wykonawca T. Sp. z o.o. spełnia warunek udziału w postępowaniu w oparciu o udostępnione zasoby podmiotów trzecich pomimo, że

udostępnienie to - z uwagi na nieprzewidywanie podwykonawstwa - ma charakter pozorny, a także z uwagi na braki w treści zobowiązania podmiotu trzeciego.

Odwołujący wniósł o:
1) przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, w szczególności ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ, treści złożonych ofert i wyjaśnień;
2) uwzględnienie odwołania;
3) nakazanie Zamawiającemu
a) unieważnienie czynności badania i oceny ofert,
b) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
c) ujawnienie treści ofert B. i S.B. Sp. z o.o., I. Sp. z o.o., T. Sp. z o.o. oraz wyjaśnień złożonych przez tych Wykonawców oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa,
d) ponowienie badania i oceny ofert,
e) wykluczenie Wykonawców B. i S.B. Sp. z o.o., I. Sp. z o.o., T. Sp. z o.o. oraz odrzucenie ich ofert,
f) wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:
„[…]
1. Na wstępie wskazać należy, że sformułowanie przez Odwołującego zarzutów i wniosków było w dużym stopniu utrudnione z uwagi na znaczną ilość dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. W szczególności brak dostępu do treści wykazów osób i wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny uniemożliwia precyzyjne sformułowanie zarzutów wobec tych dokumentów. Niemniej jednak Odwołujący jest przekonany, że utajnienie tych dokumentów miało na celu jedynie utrudnienie konkurencji weryfikacji ofert i tym samym utrudnienie wykazania, że wykonawcy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, jak również, że ceny ich ofert są rażąco niskie. Odtajnienie tych dokumentów umożliwi szczegółowe wykazanie, braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez B. i S.B. Sp. z o.o. jak również*wykazanie, że cena oferty jest rażąco niska.
2. Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest na „Serwis pogwarancyjny elementów i podzespołów środowiska Mainframe”. Niniejsze odwołanie dotyczy części A.

3. Warunkiem udziału w postępowaniu w części A było, dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. w przypadku składania oferty na część "A" zamówienia wykonawca miał wykazać, że dysponuje: minimum

dwiema osobami, posiadającymi doświadczenie w realizacji usługi serwisu serwerów Mainframe, przy czym każda z tych osób musi posiadać minimum dwuletnie doświadczenie w świadczeniu usług serwisu urządzeń klasy Mainframe nabyte w okresie ostatnich pięciu lat przed terminem składania ofert.

W zakresie utajnienia wykazu osób przez B. i S.B. SP. z o.o,

4. Rynek usług serwisowych systemów Mainframe jest bardzo wąski. Z uwagi na wysokospecjalistyczny charakter na rynku istnieje bardzo mało firm, które posiadają doświadczenie w serwisowaniu takich systemów i niewielu specjalistów posiadających odpowiednią wiedzę i doświadczenie. Odwołujący należy do tych firm, które posiadają szeroką wiedzę i doświadczenie w tej dziedzinie jak również dysponuje odpowiednią kadrą specjalistów, a także szeroką i dokładną wiedzą rynkową w zakresie tego sektora usług. Bazując na swojej wiedzy dotyczącej rynku przedmiotowych usług Odwołujący stwierdza, że Wykonawca B. i S.B. Sp. z o.o. nie dysponuje wymaganą przez Zamawiającego kadrą.
5. Wykonawca B. i S.B. Sp. z o.o. chcąc uzyskać zamówienie, pomimo niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, utajnił wykaz osób, którymi dysponuje. Jedynym celem utajnienia tego wykazu była chęć uniemożliwienia konkurencji dokonania weryfikacji wykazu osób, pod kątem spełnienia warunku udziału w postępowaniu.
6. Potwierdzeniem stanowiska Odwołującego jest treść części oferty, str. 55-58 - uzasadnienia dla objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu osób. Uzasadnienie to było pierwotnie również objęte zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa i w dniu 28 października 2016 r. zostało przez Zamawiającego odtajnione. Treść uzasadnienia ma charakter ogólnikowy, w większości obejmuje cytaty z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, i nie zawiera przekonywujących argumentów przemawiających za tym, aby uznać wykaz za tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadnienie odwołuje się do pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa i w tym zakresie mogłoby stanowić uzasadnienie utajnienia części jakiejkolwiek oferty. Należy natomiast podnieść, że zgodnie z 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.” Nie można uznać za wykazanie, iż informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, wyjaśnień o charakterze ogólnikowym.
7. Jedynym wartym uwagi argumentem za objęciem wykazu tajemnicą przedsiębiorstwa jest stwierdzenie, że ujawnienie listy osób może rodzić ryzyko zainteresowania się nimi przez przedsiębiorstwa konkurencyjne. Jednakże należy stwierdzić, że jest to argument chybiony. Jak powyżej wskazano, rynek usług serwisowych systemów Mainframe jest bardzo wąski, istnieje bardzo mało firm, które posiadają doświadczenie w serwisowaniu takich systemów i niewielu specjalistów posiadających odpowiednią wiedzę i doświadczenie. Wykonawca, który ma doświadczenie w świadczeniu tego typu usług ma doskonałą wiedzę o specjalistach, którzy spełniają warunku ustanowione przez Zamawiającego i z łatwością mógłby do nich dotrzeć, gdyby miał taką potrzebę.
8. Podkreślić należy, że Wykonawca B. i S.B. sp. z o.o. nie dysponuje własnym zespołem osób ale zespół ten, przynajmniej w części, pochodzi od podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał, czego dowodzi załączone do oferty zobowiązanie. Zatem w tym przypadku chodzi jedynie o zespół osób skonstruowany ad hoc na potrzeby danego przetargu. Jeżeli w ogóle istnieje uzasadnienie utrzymania w tajemnicy składu zespołu, to w przypadku zespołu nie stanowiącego trwałego zasobu wykonawcy, uzasadnienie to z pewnością wygasa z chwilą złożenia oferty. Powiązanie Pana A.J. z Wykonawcą jest luźne, w wyniku czego nie sposób traktować, tego związku jako wartości należącej do przedsiębiorstwa Wykonawcy.
9. Przyjmując, za wysoce prawdopodobne, że Pan A. J. został zamieszczony w wykazie należy stwierdzić, że sytuacja ta wskazuje na brak powzięcia przez Wykonawcę dostatecznych środków mających na celu zachowanie poufności zastrzeganych informacji. Na marginesie jedynie należy wspomnieć, że dowodzi to tym samym, że Pan A. J. nie wymagał utajnienia tej informacji.

10. Ponadto należy zauważyć, że osoby nie mogą być traktowane jako zasób trwale przypisany do przedsiębiorstwa B.S.B. Sp. z o.o., nie tylko dlatego, że ich współpraca z tym wykonawcą ma charakter doraźny. Pracownicy, czy współpracownicy mają możliwość zmiany pracy i z perspektywy takiej ewentualności bez znaczenia pozostaje to, czy konkurencja poweźmie wiedzę o tych osobach. Osoby te mogą bowiem z własnej inicjatywy zgłosić się do konkurencji, także odpowiadając na ewentualne ogłoszenia w sprawie rekrutacji. Właściwym zabezpieczeniem współpracy z danymi osobami mogą być odpowiednio skonstruowane umowy o pracy czy współpracy, które przewidywałyby np. atrakcyjne wynagrodzenie czy zakaz konkurencji. W swoich wyjaśnieniach wykonawca wskazał, że zawiera takie umowy o zakazie konkurencji. Zawarcie takich umów jest

wystarczającym środkiem zapobiegającym zerwaniu współpracy, dlatego też należy uznać, że utajnienie tożsamości tych osób było już zbędne.
11. Należy też zauważyć, że ciężar wykazania, iż dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który ją zastrzega. Wykonawca B. i S.B. Sp. z o.o. temu ciężarowi nie podołał. Złożył on bowiem ogólnikowe wyjaśnienia, nie załączając żadnych dowodów na ich potwierdzenie. W szczególności Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, że podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, ani na okoliczność wartości gospodarczej tych informacji. Biorąc po uwagę, że zasadą postępowania o zamówienie publiczne jest jego jawność, dla jej ograniczenia należy wymagać przekonywujących argumentów i dowodów. Wyjaśnienia Wykonawcy B. i S.B. tych wymagań nie spełniają.
12. Naruszenie przepisów w zakresie zaniechania odtajnienia wykazu może mieć wpływ na wynik postępowania. Odwołujący może jedynie przypuszczać, że jednym z ekspertów jest Pan A. J.. Potwierdzenie tej informacji pozwoli Odwołującemu na przystąpienie do weryfikacji doświadczenia tej osoby. Analogicznie w odniesieniu do drugiej osoby, poznanie jej tożsamości umożliwi weryfikację doświadczenia. Wyniki weryfikacji mogą niewątpliwie wpłynąć na wynik postępowania o zamówienie publiczne.
13. Stanowisko Odwołującego jest potwierdzone licznym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2012-06-04, KIO 1016/12 stwierdzono: „Z kolei Konsorcjum E. stwierdziło, że (...) Podawanie konkurencji danych ww. osób może w skrajnym przypadku doprowadzić do próby ich wrogiego przejęcia przez konkurencyjnych wykonawców, tym bardziej, że rynek potencjalnych firm specjalizujących się w wykonawstwie tego rodzaju obiektów, jak będący przedmiotem zamówienia jest stosunkowo wąski. Utrata ww. osób oznaczałaby konkretną, wymierną stratę finansową dla konsorcjantów lub firm, które z nimi współpracują". Wykonawca Rafako natomiast w aspekcie tego zarzutu powołał się wyłącznie na dwa wyroki KIO, nie wskazując jakie okoliczności faktyczne, uzasadniają odwoływanie się do tych konkretnych orzeczeń. Rozpoznając te zarzuty Izba uznała, że w podnoszonych przez wykonawców okolicznościach zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji z tych Wykazów było niezasadne i tym samym wskazane zarzuty w całości podlegają uwzględnieniu. Izba uznała bowiem, że tylko informacja związana z kompletowaniem zespołu specjalistów tj. informacja o osobach z którymi prowadzi się negocjacje - tak jak podnosi się w orzecznictwie KIO i sądowym -na etapie przed złożeniem oferty mogłaby być uznana za informację obiektywnie poufną, zwłaszcza w przypadku rzadkich poszukiwanych na rynku specjalności i tym samym jako tajemnica przedsiębiorstwa koizystać z ochrony przed jej ujawnieniem. Z chwilą złożenia oferty – zdaniem Izby nie jest możliwe kwalifikowanie listy kandydatów,

którzy z chwila wyboru oferty wykonawca zostaną skierowani do realizacji zamówienia, jako zawierającej informacje poufne korzystające z takiej ochrony jak przewidziana dla tajemnicy przedsiębiorstwa i niepodlegającej ujawnieniu. W konkluzji Izba stwierdza, że wymienione wyżej informację wynikając z Wykazu wykonanych robót oraz z Wykazu osób nie spełniają przesłanek uznania ich za tajemnice przedsiębiorstwa. gdyż mieszczą się one przede wszystkim w katalogu dokumentów i informacji, których zamawiający może żądać w _celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Ustawowe prawo żądania tego rodzaju dokumentów przez zamawiającego wyklucza w konsekwencji, co do zasady, możliwość zastrzeżenia przez oferenta wyłączenia ich jawności w całości".
14. Znamienny w tym zakresie może być np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2013-08-22, KIO 1929/13, również dotyczący utajnienia wykazu osób, godne zauważenia jest, że w rozstrzyganym stanie faktycznym, podobnie jak w niniejszej sprawie, jako jeden z argumentów przemawiających za utajnieniem wykazu podniesiono ryzyko podkupywania kadry przez konkurencję:
[…]
15. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2014-08-08, KIO 1542/14:
[…]
16. W uzupełnieniu należy dodać, że B. i S.B. Sp. z o.o. jest podmiotem publicznym ustawowo obowiązanym do udostępniania informacji publicznej. W przypadku takiego podmiotu wymogi odnoszące się do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinny być jeszcze ostrzejsze niż w odniesieniu do innych przedsiębiorców. Mamy tu bowiem do czynienia z ograniczeniem nie tylko zasady jawności wynikającej z art. 7 PZP ale także zasady jawności wynikającej z ustawy o dostępie do informacji publicznej.

W zakresie rażąco niskiej ceny oraz utajnienia wyjaśnień B. i S.B. SP. Z o.o.

17. Zgodnie z art. 90 ust. 1 PZP „Jeżeli cena oferty 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, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.” Cena oferty B. i S.B. Sp. z o.o stanowi 12,66% wartości szacunkowej zamówienia oraz 11,33 % średniej arytmetycznej cen złożonych ofert (z

pominięciem oferty B. i S.B. Sp. z o.o). Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienia w zakresie ceny. Wyjaśnienia te zostały jednak objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający ujawnił tylko część wyjaśnień.
18. Odwołujący podnosi, że przy tak radykalnej różnicy ceny oferty w stosunku do wartości zamówienia oraz do cen pozostałych ofert nie jest możliwe wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę. Ponadto Odwołujący podnosi, że utajnienie treści wyjaśnień miało na celu jedynie uniemożliwienie konkurencji weryfikacji tych wyjaśnień i wykazanie, że nie są one akceptowalne. Ocena taka wynika z doświadczenia Odwołującego oraz analizy części odtajnionych wyjaśnień. Rażąco niska cena oferowana przez B. i S.B. Sp. z o.o. może być wynikiem małego doświadczenia wykonawcy w realizacji podobnych zamówień.
19. Do wyjaśnień załączono umowę z dnia 13 września 2013 r. zawartą z Centralnym Ośrodkiem Informatyki. Zgodnie z umową miesięczne wynagrodzenie Wykonawcy wynosi 55 350 zł, a więc jest zbliżone do wynagrodzenia oferowanego w niniejszym postępowaniu. Należy jednak zauważyć, że zakres obu zamówień jest radykalnie różny, przez co nie można przyjąć, że oferowana cena jest ceną rynkową. Zamówienie realizowane dla Centralnego Ośrodka Informatyki obejmowało mniejszą ilość sprzętu, a ponadto sprzęt łatwiejszy w serwisowaniu. Trzeba też wskazać, że powołanie się na umowę samego wykonawcy nie stanowi odniesienia do sytuacji występującej na rynku.
20. Ponadto należy zwrócić uwagą na fakt, że Zamawiający posiadając środowisko Mainframe ma doskonałą znajomość cen rynkowych i wycenił przedmiot zamówienia na kwotę 4 798 959,62 zł miesięcznie 799 826,60 zł, podczas gdy Wykonawca zaoferował cenę miesięczną w wysokości 101 327,40 zł.
21. Należy więc uznać, że wyjaśnienia Wykonawcy potwierdziły wystąpienie rażąco niskiej ceny i w konsekwencji oferta Wykonawcy powinna zostać odrzucona.
22. Odnosząc się do kwestii utajnienia wyjaśnień, Odwołujący podnosi, że Wykonawca bezprawnie utajnił wyjaśnienia, a jedynym celem utajnienia była obawa przed ich weryfikacją przez konkurencję. W konsekwencji Zamawiający powinien odtajnić wyjaśnienia w całości, czego zaniechał uczynić. Postawienie precyzyjnych zarzutów wobec wyjaśnień nie jest możliwe z uwagi na ich utajnienie. Niemniej jednak uzasadnione jest przypuszczenie, że

wyjaśnienia te oraz uzasadnienie dla ich utajnienia - podobnie jak w przypadku wykazu osób - mają charakter ogólnikowy i mogłyby służyć w każdym innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie nieprawdziwego oświadczenia B. i S.B. SD. z o.o.

23. Wykonawca B. i S.B. Sp. z o.o. złożył oświadczenie - listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej. Z listy wynika, że do grupy należy wyłącznie Narodowy Bank Polski. Jest to oświadczenie nieprawdziwe i oświadczenie to mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Do grupy kapitałowej należy bowiem o wiele więcej podmiotów. Na chwilę obecną nie jesteśmy w stanie stwierdzić, czy któryś z podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej złożył ofertę w tym samym postępowaniu. Jednakże nie można tego stwierdzić właśnie z uwagi na złożenie przez Wykonawcę nieprawdziwej informacji. W przypadku złożenia pełnej informacji mogło by się okazać, że doszło do złożenia oferty także przez inny podmiot należący do tej samej grupy kapitałowej, co powinno skutkować wykluczeniem Wykonawców. Niewątpliwie więc podanie nieprawdziwej informacji mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Należy przy tym zwrócić uwagę, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP przewiduje wykluczenie wykonawców, którzy „złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania". Dla wykluczenia zatem na tej podstawie nie jest konieczne wykazanie, że nieprawdziwe informacje miały wpływ na wynik postępowania. Nie jest zatem konieczne wykazanie, że ofertę złożył także inny wykonawca z grupy kapitałowej, do której należą B. i S.B. Sp. o.o. Dla wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP wystarczające jest wykazanie, że informacja nie była prawdziwa oraz, że jedynie mogła mieć (nie miała w konkretnym stanie faktycznym) wpływ na wynik postępowania.
24. Stosownie do art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2015 r. poz. 184,1618 i 1634), złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
25. Przez grupę kapitałową należy rozumieć wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Zatem grupa kapitałowa do której należy Wykonawca B. i S.B. Sp. z o.o. to nie tylko Narodowy Bank Polski ale także inne podmioty, które są kontrolowane przez Narodowy Bank Polski. Niewątpliwie więc dla podjęcia decyzji o wykluczeniu Wykonawcy, Zamawiający powinien posiadać pełną listę podmiotów należących do grupy kapitałowej. Bez tej listy Zamawiający nie był w stanie stwierdzić, czy zachodzą przesłanki wykluczenia określone w 24 ust. 2 pkt 4 PZP.
26. Jako zarzut ewentualny naruszenia art. 26 ust. 3 PZP Odwołujący stawia zaniechanie wezwania Wykonawcy B. i S.B. Sp. z o.o. do uzupełnienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej. W ocenie Odwołującego przedłożenie nieprawdziwej listy

podmiotów powinno skutkować wykluczeniem Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP. Niemniej jednak w przypadku nie podzielenia przez Izbę tej oceny, należałoby wezwać Wykonawcę do przedłożenia prawdziwej listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej.

W zakresie utajnienia wykazu osób przez I. Sp. z o.o.

27. W odniesieniu do kwestii niezasadnego utajnienia wykazu osób przez Wykonawcę I. Sp. z o.o. oraz zaniechania odtajnienia tego dokumentu przez Zamawiającego należy ponowić argumentację przedstawioną powyżej w stosunku do Wykonawcy B. i S.B. Sp. z o.o.
28. Bazując na swojej wiedzy dotyczącej rynku usług serwisowych Mainframe Odwołujący stwierdza, że Wykonawca I. Sp. z o.o. nie dysponuje wymaganą przez Zamawiającego kadrą i nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Co więcej Odwołujący

posiada wiedzę, iż po otwarciu ofert, a nawet po wyborze oferty najkorzystniejszej I. Sp. z o.o. poszukiwał zespołu zdolnego do realizacji zamówienia. Wykonawca I. Sp. z o.o. chcąc uzyskać zamówienie, pomimo niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, utajnił wykaz osób, którymi dysponuje. Jedynym celem utajnienia tego wykazu była chęć uniemożliwienia konkurencji dokonania weryfikacji wykazu osób, pod kątem spełnienia warunku udziału w postępowaniu.
29. Uzasadnienie utajnienia wykazu osób przez I. Sp. z o.o. składa się zaledwie z 4 zdań. Uzasadnienie jest lakoniczne i zawiera ogólniki. Uzasadnienie mogłoby posłużyć w każdym innym postępowaniu o zamówienie. Uzasadnienie nie zawiera, żadnych dowodów, którymi można by wykazać wartość gospodarczą wykazu osób lub którymi można by wykazać, że Wykonawca rzeczywiście podjął działania mające na celu zapobieżenie ujawnienia wiadomości szerszemu gronu. Podkreślić należy, że zasadą postępowania o zamówienie publiczne jest jego jawność. Wykonawca, który składa ofertę musi się liczyć z tym, że będzie zmuszony ujawnić pewne informacje dotyczące jego działalności. Wyjątek od zasady jawności nie może być interpretowany rozszerzająca Dlatego też do kwestii utajnienia treści oferty jako tajemnicy przedsiębiorcy należy podejść z wyjątkową ostrożnością. Z całą pewnością ciężar dowiedzenia, że treść jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który zastrzega treść oferty jako tajemnicę.
30. Wykonawca I. nie podołał ciężarowi dowodzenia i nie dowiódł, że treść wykazu jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. W odtajnionych wyjaśnieniach (pismo z 7 października 2016 r.) trudno znaleźć jakikolwiek przekonywujący argument za potraktowaniem wykazu jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

31. W tym miejscu należy ponowić przywołany powyżej argument, że w tym przypadku chodzi jedynie o zespół osób skonstruowany ad hoc na potrzeby danego przetargu. Jeżeli w ogóle istnieje uzasadnienie utrzymania w tajemnicy składu zespołu, to w przypadku zespołu nie stanowiącego trwałego zasobu wykonawcy, uzasadnienie to z pewnością wygasa z chwilą złożenia oferty. Należy też ponowić argument, że osoby nie mogą być traktowane jako zasób trwale przypisany do przedsiębiorstwa Wykonawcy, nie tylko dlatego, że ich współpraca z tym wykonawcą ma charakter doraźny. Pracownicy, czy współpracownicy mają możliwość zmiany pracy i z perspektywy takiej ewentualności bez znaczenia pozostaje to, czy konkurencja poweźmie wiedzę o tych osobach. Właściwym zabezpieczeniem współpracy z danymi osobami mogą być odpowiednio skonstruowane umowy o pracy czy współpracy, które przewidywałyby np. atrakcyjne wynagrodzenie czy zakaz konkurencji.
32. Kluczową jednak wydaje się kwestia, iż ciężar wykazania, iż dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który ją zastrzega. Wykonawca I. Sp. z o.o. temu ciężarowi nie podołał. W takim przypadku Zamawiający powinien był odtajnić wykaz osób.
33. Naruszenie przepisów w zakresie zaniechania odtajnienia wykazu może mieć wpływ na wynik postępowania. Poznanie tożsamości zgłoszonych w wykazie osób umożliwi weryfikację ich doświadczenia. Wyniki weryfikacji mogą niewątpliwie wpłynąć na wynik postępowania o zamówienie publiczne.

W zakresie nieskutecznego udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci

34. Zarzut ma charakter ewentualny z uwagi na utajnienie treści oferty. Uznanie, że wykonawca I. Sp. z o.o. spełnia warunek udziału w postępowaniu w oparciu o udostępnione zasoby podmiotów trzecich było niedopuszczone gdyż udostępnienie to - z uwagi na nieprzewidywanie podwykonawstwa - ma charakter pozorny. Wykonawca I. nie wskazał, iż powierzy realizację zamówienia podwykonawcom. W konsekwencji należałoby uznać, że zespół osób, który wskazał w swojej ofercie stanowi jego zasób. Nie jest to jednak prawdą, gdyż Wykonawca nie dysponuje takim zespołem. Wobec utajnienia treści oferty można przypuszczać, że Wykonawca korzysta z potencjału podmiotu trzeciego na zasadzie art. 26 ust. 2b PZP. Jednakże, w przypadku tego typu usług jak objęte przedmiotowym zamówieniem skorzystanie z zasobów innego podmiotu wymaga uczestnictwa tego podmiotu w realizacji zamówienia. Brak uczestnictwa podmiotu udostępniającego zasób w realizacji zamienienia świadczy o pozorności udostępnienia, tymczasem przepis art. 26 ust. 2 b PZP wymaga, aby wykonawca udowodnił Zamawiającemu, iż danym zasobem będzie

dysponować. Z uwagi na brak dostępu do treści oferty Odwołujący poczynił także założenie,

że treść zobowiązania podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobu nie jest wystarczająca, aby uznać, że doszło do rzeczywistego udostępnienia zasobu.

W zakresie rażąco niskiej ceny oraz utajnienia wyjaśnień I. Sp. z o.o,

35. Zgodnie z art. 90 ust. 1 PZP „Jeżeli cena oferty 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, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny." Cena oferty I. Sp. z o.o stanowi 45,67 % wartości szacunkowej zamówienia oraz 35,59 % średniej arytmetycznej cen złożonych ofert (z pominięciem oferty B. i S.B. Sp. z o.o i I. Sp. z o.o.). Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienia w zakresie ceny. Wyjaśnienia te zostały jednak objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający ujawnił tylko część wyjaśnień.
36. Odwołujący podnosi, że przy tak radykalnej różnicy ceny oferty w stosunku do wartości zamówienia oraz do cen pozostałych ofert nie jest możliwe wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę. Ponadto Odwołujący podnosi, że utajnienie treści wyjaśnień miało na celu jedynie uniemożliwienie konkurencji weryfikacji tych wyjaśnień i wykazanie, że nie są one akceptowalne. Ocena taka wynika z doświadczenia Odwołującego oraz analizy części odtajnionych wyjaśnień. Rażąco niska cena oferowana przez I. Sp. z o.o. może być wynikiem małego doświadczenia wykonawcy w realizacji podobnych zamówień.
37. Należy więc uznać, że wyjaśnienia Wykonawcy potwierdziły wystąpienie rażąco niskiej ceny i w konsekwencji oferta Wykonawcy powinna zostać odrzucona.
38. Odnosząc się do kwestii utajnienia wyjaśnień, Odwołujący podnosi, że Wykonawca bezprawnie utajnił wyjaśnienia, a jedynym celem utajnienia była obawa przed ich weryfikacją przez konkurencję. W konsekwencji Zamawiający powinien odtajnić wyjaśnienia w całości, czego zaniechał uczynić. Postawienie precyzyjnych zarzutów wobec wyjaśnień nie jest możliwe z uwagi na ich utajnienie. Niemniej jednak uzasadnione jest przypuszczenie, że wyjaśnienia te oraz uzasadnienie dla ich utajnienia - podobnie jak w przypadku wykazu osób - mają charakter ogólnikowy i mogłyby służyć w każdym innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie nieprawdziwego oświadczenia I. Sp. z o.o.

39. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca pismem z dnia 14 października 2016 r. przedłożył oświadczenie o przynależności wykonawcy do grupy kapitałowej. W oświadczeniu wskazano, że grupa kapitałowa składa się z dwu podmiotów: S. Sp. z o.o. oraz I. Sp. z o.o. Oświadczenie to jest nieprawdziwe. W tym miejscu należy jednak przywołać definicję grupy kapitałowej. Przez grupę kapitałową należy rozumieć wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Stanowi o tym art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów: „grupie kapitałowej - rozumie się przez to wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę". 2 kolei zgodnie art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez przejęcie kontroli - rozumie się wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców. W dalszej części przepis wskazuje przykładowe formy sprawowania kontroli. S. Sp. z o.o. jest jedynym udziałowcem I. sp. z o.o., niewątpliwie więc sprawuje nad nim kontrolę i stanowią grupę kapitałową. Należy jednak zauważyć, że S. Sp. z o.o. jest także jedynym wspólnikiem spółki I. Sp. z o.o. Tym samym S. Sp. z o.o. ma dominujący wpływ nie tylko na spółkę I. Sp. z o.o. ale i na I. Sp. z o.o. Dodatkowo należy także zwrócić uwagę na definicję

przedsiębiorcy zawartą w pkt 1 art. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z tą definicją przedsiębiorcą jest także osoba fizyczna i to nie koniecznie prowadząca działalność gospodarczą. Pan M.S. jest członkiem zarządu spółki I. oraz jej wspólnikiem, a ponadto zarządu spółki i wspólnikiem S. Sp. z o.o. Dodatkowo jednak jest też wspólnikiem Spółci N. Sp. z o.o., gdzie posiada 50% udziałów. Pan M.S. sam jest przedsiębiorcą wobec czego grupę kapitałową oprócz I, I. i S. tworzą N. oraz M.S.. Również Ś.P. jest członkiem zarządu i wspólnikiem wyżej wymienionych spółek, a zatem i członkiem grupy kapitałowej.
40. W konsekwencji należy uznać, że oświadczenie Wykonawcy I. Sp. z o.o. o przynależności wykonawcy do grupy kapitałowej nie było prawdziwe. Nie wykluczone więc, że do grupy kapitałowej, do której należy I. Sp. z o.o. należą również inne podmioty. Na chwilę obecną nie jesteśmy w stanie stwierdzić, czy któryś z podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej złożył ofertę w tym samym postępowaniu. Jednakże nie można tego przesądzić właśnie z uwagi na złożenie przez Wykonawcę nieprawdziwej informacji. W przypadku złożenia pełnej informacji mogło by się okazać, że doszło do złożenia oferty także przez inny podmiot należący do tej samej grupy kapitałowej, co powinno skutkować wykluczeniem Wykonawców. Niewątpliwie więc podanie nieprawdziwej informacji mogło

mieć wpływ na wynik postępowania. Należy przy tym zwrócić uwagę, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP przewiduje wykluczenie wykonawców, którzy „złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania". Dla wykluczenia zatem na tej podstawie nie jest konieczne wykazanie, że nieprawdziwe informacje miały wpływ na wynik postępowania. Nie jest zatem konieczne wykazanie, że ofertę złożył także inny wykonawca z grupy kapitałowej, do której należy I. Sp. z o.o. Dla wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP wystarczające jest wykazanie, że informacja nie była prawdziwa oraz, że jedynie mogła mieć (nie miała w konkretnym stanie faktycznym) wpływ na wynik postępowania.
41. Stosownie do art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2015 r. poz. 184,1618 i 1634), złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
42 Z uwagi na fakt, że I. Sp. z o. o. był wzywany do uzupełnienia w trybie art 26 ust. 3 PZP listy podmiotów z grupy kapitałowej, nie jest możliwe uzupełnienie tego dokumentu. W ocenie Odwołującego przedłożenie nieprawdziwej listy podmiotów powinno skutkować wykluczeniem Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP.

W zakresie utajnienia wykazu osób przez T. SP. z o.o.

43. W odniesieniu do kwestii niezasadnego utajnienia wykazu osób przez Wykonawcę T. Sp. z o.o. oraz zaniechania odtajnienia tego dokumentu przez Zamawiającego należy ponowić argumentację przedstawioną powyżej w stosunku do Wykonawcy B. i S.B. Sp. z o.o. oraz I..
44. Bazując na swojej wiedzy dotyczącej rynku usług serwisowych Mainframe Odwołujący stwierdza, że Wykonawca T. Sp. z o.o. nie dysponuje wymaganą przez Zamawiającego kadrą i nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca T. Sp. z o.o. chcąc uzyskać zamówienie, pomimo niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, utajnił wykaz osób, którymi dysponuje. Jedynym celem utajnienia tego wykazu była chęć uniemożliwienia konkurencji dokonania weryfikacji wykazu osób, pod kątem spełnienia warunku udziału w postępowaniu.
45. Uzasadnienie utajnienia wykazu osób przez T. Sp. z o.o. choć jest dość obszerne to nie zawiera żadnych konkretnych argumentów za utajnieniem informacji. Przeciwnie uzasadnienie zawiera przede wszystkim przywołanie przepisów oraz orzeczeń KIO i - w

mniejszym zakresie - sformułowania o charakterze ogólnikowym. Uzasadnienie mogłoby posłużyć w każdym innym postępowaniu o zamówienie. Uzasadnienie nie zawiera, żadnych dowodów, którymi można by wykazać wartość gospodarczą wykazu osób lub którymi można

by wykazać, że Wykonawca rzeczywiście podjął działania mające na celu zapobieżenie ujawnienia wiadomości szerszemu gronu osób. Podkreślić należy, że zasadą postępowania o zamówienie publiczne jest jego jawność. Wykonawca, który składa ofertę musi się liczyć z tym, że będzie zmuszony ujawnić pewne informacje dotyczące jego działalności. Wyjątek od zasady jawności nie może być interpretowany rozszerzająco. Dlatego też do kwestii utajnienia treści oferty jako tajemnicy przedsiębiorcy należy podejść z wyjątkową ostrożnością. 2 całą pewnością ciężar dowiedzenia, że treść jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który zastrzega treść oferty jako tajemnicę.
46. Wykonawca T. nie podołał ciężarowi dowodzenia i nie dowiódł, że treść wykazu jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. W odtajnionych wyjaśnieniach (pismo z 7 października 2016 r.) trudno znaleźć jakikolwiek przekonywujący argument za potraktowaniem wykazu jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Argumentacja Wykonawcy ogranicza się w zasadzie do twierdzenia, że w wykazie zawarto szczegółowe informacje na temat kwalifikacji osób, formę współpracy oraz wykaz ma „unikatowy" charakter i podjęto czynności by pozostał poufny. Jednakże w żaden sposób nie wyjaśniono na czym polega; z czego wynika wartość gospodarcza wykazu, jaka jest wartość tego wykazu (w zasadzie nawet nie wskazano, że wykaz ma jakąś wartość gospodarczą). W wyjaśnieniach wspomniano, że utajnienie ma na celu ochronę pracowników T. Sp. z o. o. Nie wiadomo jednak o jaką ochronę i przed czym chodzi. Poza tym zespół wskazany w wykazie nie składa się z pracowników T., gdyż Wykonawca nie dysponuje pracownikami o wymaganych kwalifikacjach.
47. W tym miejscu należy ponowić przywołany powyżej argument, że w tym przypadku chodzi jedynie o zespół osób skonstruowany ad hoc na potrzeby danego przetargu. Jeżeli w ogóle istnieje uzasadnienie utrzymania w tajemnicy składu zespołu, to w przypadku zespołu nie stanowiącego trwałego zasobu wykonawcy, uzasadnienie to z pewnością wygasa z chwilą złożenia oferty. Należy też ponowić argument, że osoby nie mogą być traktowane jako zasób trwale przypisany do przedsiębiorstwa Wykonawcy, nie tylko dlatego, że ich współpraca z tym wykonawcą ma charakter doraźny. Pracownicy, czy współpracownicy mają możliwość zmiany pracy i z perspektywy takiej ewentualności bez znaczenia pozostaje to, czy konkurencja poweźmie wiedzę o tych osobach. Właściwym zabezpieczeniem współpracy z danymi osobami mogą być odpowiednio skonstruowane umowy o pracy czy współpracy, które przewidywałyby np. atrakcyjne wynagrodzenie czy zakaz konkurencji. Wykonawca nie wykazał jednak aby tego typu środkami chronił zasób.

48. Kluczową jednak wydaje się kwestia, iż ciężar wykazania, iż dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który ją zastrzega. Wykonawca T. Sp. z o.o. temu ciężarowi nie podołał, gdyż nie przedstawił przekonującej argumentacji ani dowodów. W takim przypadku Zamawiający powinien był odtajnić wykaz osób.
49. Naruszenie przepisów w zakresie zaniechania odtajnienia wykazu może mieć wpływ na wynik postępowania. Poznanie tożsamości zgłoszonych w wykazie osób umożliwi weryfikację ich doświadczenia. Wyniki weryfikacji mogą niewątpliwie wpłynąć na wynik postępowania o zamówienie publiczne.

W zakresie nieskutecznego udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci

50. Zarzut ma charakter ewentualny z uwagi na utajnienie treści oferty. Uznanie, że wykonawca T. Sp. z o.o. spełnia warunek udziału w postępowaniu w oparciu o udostępnione zasoby podmiotów trzecich było niedopuszczone gdyż udostępnienie to - z uwagi na nieprzewidywanie podwykonawstwa - ma charakter pozorny. Wykonawca T. nie wskazał, iż powierzy realizację zamówienia podwykonawcom. W konsekwencji należałoby uznać, że zespół osób, który wskazał w swojej ofercie stanowi jego zasób. Nie jest to jednak prawdą, gdyż Wykonawca nie dysponuje takim zespołem. Wobec utajnienia treści oferty można przypuszczać, że Wykonawca korzysta z potencjału podmiotu trzeciego na zasadzie art. 26 ust. 2b PZP. Jednakże, w przypadku tego typu usług jak objęte przedmiotowym zamówieniem skorzystanie z zasobów innego podmiotu wymaga uczestnictwa tego podmiotu w realizacji zamówienia. Brak uczestnictwa podmiotu udostępniającego zasób w realizacji zamienienia świadczy o pozorności udostępnienia, tymczasem przepis art. 26 ust. 2 b PZP wymaga, aby wykonawca udowodnił Zamawiającemu, iż danym zasobem będzie dysponować. Z uwagi na brak dostępu do treści oferty Odwołujący poczynił także założenie,

że treść zobowiązania podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobu nie jest wystarczająca, aby uznać, że doszło do rzeczywistego udostępnienia zasobu.

Zarzut rażąco niskiej ceny oraz utajnienia wyjaśnień T. Sp. z o.o.

51. Zgodnie z art. 90 ust. 1 PZP „Jeżeli cena oferty 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, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca

się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny." Cena oferty T. Sp. z o.o stanowi 53,82 % wartości szacunkowej zamówienia oraz 35,14 % średniej arytmetycznej cen złożonych ofert (z pominięciem oferty B. i S.B. Sp. z o.o, I. Sp. z o.o. i T.). Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienia w zakresie ceny. Wyjaśnienia te zostały jednak objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający ujawnił tylko część wyjaśnień.
52. Odwołujący podnosi, że przy tak radykalnej różnicy ceny oferty w stosunku do wartości zamówienia oraz do cen pozostałych ofert nie jest możliwe wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę. Ponadto Odwołujący podnosi, że utajnienie treści wyjaśnień miało na celu jedynie uniemożliwienie konkurencji weryfikacji tych wyjaśnień i wykazanie, że nie są one akceptowalne. Ocena taka wynika z doświadczenia Odwołującego oraz analizy części odtajnionych wyjaśnień. Rażąco niska cena oferowana przez T. Sp. z ó.o. może być wynikiem braku doświadczenia wykonawcy w realizacji podobnych zamówień.
53. Należy więc uznać, że wyjaśnienia Wykonawcy potwierdziły wystąpienie rażąco niskiej ceny i w konsekwencji oferta Wykonawcy powinna zostać odrzucona.
54. Odnosząc się do kwestii utajnienia wyjaśnień, Odwołujący podnosi, że Wykonawca bezprawnie utajnił wyjaśnienia, a jedynym celem utajnienia była obawa przed ich weryfikacją przez konkurencję. W konsekwencji Zamawiający powinien odtajnić wyjaśnienia w całości, czego zaniechał uczynić. Postawienie precyzyjnych zarzutów wobec wyjaśnień nie jest możliwe z uwagi na ich utajnienie. Niemniej jednak uzasadnione jest przypuszczenie, że wyjaśnienia te oraz uzasadnienie dla ich utajnienia - podobnie jak w przypadku wykazu osób - mają charakter ogólnikowy i mogłyby służyć w każdym innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie nieprawdziwego oświadczenia T. Sp. z o.o.

55. W ofercie Wykonawca przedłożył oświadczenie o braku przynależności wykonawcy do grupy kapitałowej. Oświadczenie to jest nieprawdziwe. W tym miejscu należy przywołać grupy kapitałowej. Przez grupę kapitałową należy rozumieć wszystkich definicję przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Stanowi o tym art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów: „grupie kapitałowej - rozumie się przez to wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę". Z kolei zgodnie art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez przejęcie kontroli - rozumie się wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno

albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców. W dalszej części przepis wskazuje przykładowe formy sprawowania kontroli. Należy także zwrócić uwagę na definicję przedsiębiorcy zawartą w pkt 1 art. 4. Zgodnie z tą definicją przedsiębiorcą jest także osoba fizyczna i to nie koniecznie prowadząca działalność gospodarczą.
56. Pani K.B. jest jedynym członkiem zarządu oraz posiada 70% udziałów w T.. Jednocześnie Pani B. jest przedsiębiorcą. Oznacza to więc, że Pani B. sprawuje nad T. kontrolę i stanowią grupę kapitałową. Co więcej Pani B. posiada 100% udziałów w spółce I.

Nr KRS 0000339807, zatem również ten podmiot należy do grupy kapitałowej.
57. Ponadto wspólnikiem T. jest G.N. LLC. Podmiot ten zgodnie z umową spółki ma prawo decydować o rozporządzeniu prawem lub zaciągnięciu zobowiązania do świadczenia o wartości przewyższającej 5.000,00 (pięć tysięcy) złotych Tego rodzaju uprawnienie stanowi kontrolę nad spółką, a zatem w skład grupy kapitałowej wchodzi także G.N. LLC.
58. W konsekwencji należy uznać, że oświadczenie Wykonawcy T. Sp. z o.o. o. braku przynależności wykonawcy do grupy kapitałowej nie było prawdziwe. Nie wykluczone więc, że do grupy kapitałowej, do której należy T. Sp. z o.o., I. i Pani B. należą również inne podmioty. Na chwilę obecną nie jesteśmy w stanie stwierdzić, czy któryś z podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej złożył ofertę w tym samym postępowaniu. Jednakże nie można tego przesądzić właśnie z uwagi na złożenie przez Wykonawcę nieprawdziwej informacji. W przypadku złożenia pełnej informacji mogło by się okazać, że doszło do złożenia oferty także przez inny podmiot należący do tej samej grupy kapitałowej, co powinno skutkować wykluczeniem Wykonawców. Niewątpliwie więc podanie nieprawdziwej informacji mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Należy przy tym zwrócić uwagę, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 P2P przewiduje wykluczenie wykonawców, którzy „złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania". Dla wykluczenia zatem na tej podstawie nie jest konieczne wykazanie, że nieprawdziwe informacje miały wpływ na wynik postępowania. Nie jest zatem konieczne wykazanie, że ofertę złożył także inny wykonawca z grupy kapitałowej, do której należy T. Sp. z o.o. Dla wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP wystarczające jest wykazanie, że informacja nie była prawdziwa oraz, że jedynie mogła mieć (nie miała w konkretnym stanie faktycznym) wpływ na wynik postępowania.
59. Stosownie do art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2015 r. poz. 184,1618 i 1634), złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą,

że istniejące między mmi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
60. Jako zarzut ewentualny Odwołujący podnosi naruszenie art. 26 ust 3 PZP. tj. zaniechanie wezwania T. do uzupełnienia listy podmiotów z grupy kapitałowej. W ocenie przedłożenie nieprawdziwej listy podmiotów powinno skutkować Odwołującego wykluczeniem Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP. Niemniej jednak w przypadku nie podzielenia przez Izbę tej oceny, należałoby wezwać Wykonawcę do przedłożenia prawdziwej listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej.
Brak wykazania umocowania do złożenia oferty

61. W ofercie T. Sp. z o.o. nie znalazł się dokument i nie został on uzupełniony, z którego wynikałoby prawo do podpisania oferty przez Panią K.B., co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1, 2 i 8 PZP.

podanie nieprawdziwych informacji, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania
ti. Zaświadczenia z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w płatnościach podatków

62. Wraz z ofertą T. Sp. z o.o. złożono zaświadczenie z Urzędu Skarbowego z dnia 21 września 2016 r. o niezaieganiu w podatkach. Należy jednak zwrócić uwagę na fakt, że zaświadczenie wystawiono na podatnika T. Sp. z o.o. Tymczasem w tym dniu w Krajowym Rejestrze Sądowym T. Sp. z o.o. nie był jeszcze ujawniony. Z uwagi na brak wpisania T. Sp. z o.o do Krajowego Rejestru Sądowego Urząd Skarbowy nie mógł wydać zaświadczenia na rzecz T. Sp. z o.o. Sytuacja ta budzi co najmniej wątpliwości co do autentyczności zaświadczenia. Z tego względu Zamawiający powinien był wykluczyć wykonawcę jako podającego nieprawdziwe informacje, a jednoczenie z uwagi na niewykazanie braku podstaw do wykluczenia. Ewentualnie Zamawiający powinien był wyjaśnić okoliczności wydania zaświadczenia pomimo, że podmiot nie był wpisany do Krajowego Rejestru Sądowego.
[…]”

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach

procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

30

Zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020) do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy w brzmieniu sprzed wejścia w życie ww. nowelizacji.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Podając, zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podstawę prawną rozstrzygnięcia zarzutów odwołań dotyczących ceny rażąco niskiej, w pierwszej kolejności należy wskazać, iż według art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Natomiast zgodnie z kolejnymi jednostkami redakcyjnymi art. 90 ustawy:

1. Jeżeli cena oferty 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, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, 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.
2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.
3. 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.

31

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołań, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Ponadto zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a Pzp dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską – ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;
2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

Powyższe regulacje wymagają podkreślenia zwłaszcza w kontekście, iż możliwość

orzeczenia o wystąpieniu ceny rażąco niskiej, w tym stwierdzenia faktycznego domniemania jej wystąpienia oraz obalenia takiego domniemania, sprowadza się właśnie do kwestii dowodowych.

Jak słusznie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08: *„przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny […]. Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego."*

W związku ze wskazanym powyżej brakiem legalnej definicji, w orzecznictwie sądów okręgowych oraz KIO, a wcześniej w orzecznictwie arbitrażowym, ustalone zostały pewne cząstkowe lub ogólne, definicyjne ramy i odniesienia dla tego pojęcia. I tak według wyroku KIO 592/13: *„o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne".* Ponadto w wyroku KIO 1562/11 wskazano: *„Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą*

wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających."

Również w wielu innych wyrokach dotyczących stosowania i interpretacji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, pojęcie rażąco niskiej ceny ujmowane jest podobnie. Na przykład według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07: *„o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste 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".* Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r., XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: *„odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych".*

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) wskazano, m.in.: *„Ustawa wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej."*

W przywoływanym orzecznictwie wskazuje się, iż ustawodawca używając pojęcia „rażąco niska" referuje do znaczącego zaniżenia kwotowego ceny ofertowej względem wskazanego w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp punktu odniesienia, którym jest przedmiot zamówienia, a ujmując rzecz ściślej „wartość przedmiotu zamówienia" (tak w: „Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie trzecie" pod red.

Tomasza Czajkowskiego, Warszawa 2007, str. 305). W konsekwencji, w świetle regulacji ww. przepisu, ekonomiczna wartość, jaką jest opisana określoną kwotą pieniężną cena ofertowa, odnoszona jest do wartości przedmiotu zamówienia, którą również należy wyrazić w ten sam sposób (w innym przypadku jakiekolwiek porównania będą bezsensowne i bezprzedmiotowe). Tym samym dla porównania i stwierdzenia zaniżenia wartości żądanego świadczenia pieniężnego w stosunku do wzajemnego świadczenia niepieniężnego, konieczne jest ustalenie bądź przyjęcie jakiejś powinnej wartości pieniężnej owego świadczenia wzajemnego.

W ekonomii występuje znaczna ilość definicji pojęcia wartości – niejako wiele różnych „wartości". Na potrzeby niniejszego uzasadnienia zbędne jest ich przywoływanie i charakteryzowanie. Wystarczy poprzestać na konstatacji, iż jak wynika z analizy przywoływanego wyżej orzecznictwa, w przypadku art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy chodzi o wartość rynkową. Tym samym to zastana wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady pracy i materiałów, ustalana przez porównanie cen występującym w danej branży i asortymencie, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej. Innymi słowy to realna, rynkowa wartość danego przedmiotu zamówienia, jest odniesieniem dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Zastrzec przy tym należy, iż rynek i dyktowany przezeń poziom cen, w większości przypadków uznać można za ostateczną miarę realnej wartości wszelkich dających się wycenić dóbr i usług.

W tym miejscu można dodać, iż w świetle orzecznictwa właśnie zaniżenie ceny ofertowej względem wartości rynkowej przedmiotu zamówienia jest pierwszym i koniecznym warunkiem zastosowania procedury wyjaśniającej cenę, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp. W przypadku braku takiego zaniżenia zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jako przesłanki odrzucenia oferty będzie nieuprawnione, a jakiekolwiek ustalanie indywidualnych kosztów wykonawcy czy innych czynników pozwalających mu zaoferować cenę na danym poziomie, o których mowa w art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy, jest właściwie bezprzedmiotowe.

Tym samym wymagane w art. 90 ust. 2 Pzp udowodnienie przez wykonawcę, że jego cena ofertowa nie odbiega *in minus* od realnej, rynkowej wartości zamówienia stanowiło będzie wystarczające wykazanie, że nie zaoferowano ceny rażąco niskiej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, a tym samym brak jest przesłanek do zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Natomiast w przypadku wystąpienia faktu zaniżenia ceny oferowanej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, konieczne będzie wykazywanie i ustalanie wszelkich okoliczności związanych z możliwością obniżenia ceny, w tym odnoszących się do indywidualnych kosztów wykonawcy związanych z wykonaniem danego zamówienia. Dopiero w tym w przypadku, gdy cena ofertowa odbiega od wartości zamówienia, aby udowodnić jej legalny charakter wykonawcy pozostawało będzie właściwie nic innego, jak wykazać dostępne mu indywidualne czynniki, które pozwoliły mu skalkulować cenę ofertową na zastanym poziomie, bez strat własnych i

finansowania zamówienia z innych źródeł (np. czynniki wymienione przykładowo w art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 lub po prostu rzetelną, wiarygodną i weryfikowalną kalkulację własnych kosztów wykonania zamówienia korespondującą z ceną oferowaną).

Powyższe wykonawca powinien uczynić w ramach wyjaśnień, do których zgodnie z art. 90 ust. 1 musi go wezwać zamawiający przed przesądzeniem charakteru ceny oferowanej.

Przy czym należy generalnie wskazać, iż w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności zamawiającego. Czynność taka podjęta zostaje w oparciu o informacje dostępne zamawiającemu, które zgodnie z przepisami ustawy mógł i powinien uzyskać. Instytucja wyjaśnień, o której mowa w art. 90 Pzp, została przewidziana właśnie po to, aby wykonawca podał zamawiającemu stosowne informacje na temat własnych wycen, kalkulacji, cech i uwarunkowań… *etc.,* dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia, a zamawiający mógł te informacje ocenić i na ich podstawie podjąć decyzję, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Wiadomości na temat kalkulacji cenowej wykonawcy oraz indywidualnych, dostępnych wykonawcy okoliczności, które taką kalkulację umożliwiają, zamawiający zazwyczaj nie może uzyskać i ustalić na podstawie innego źródła niż sam wykonawca i przede wszystkim informacje te powinien uzyskać w stosownym czasie – co pozwoli mu na dokonanie prawidłowej czynności przyjęcia bądź odrzucenia oferty – a nie dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Tym samym, co do zasady, wykonawca już w ramach swoich wyjaśnień składanych zamawiającemu w odpowiedzi na jego wezwanie, powinien podać dostępne mu indywidualnie okoliczności i powody, które umożliwiły skalkulowanie tak niskiej ceny.

Izba natomiast może ocenić i stwierdzić w takim przypadku jedynie czy wyjaśnienia w tym przedmiocie były wystarczające, a ich ocena dokonana przez zamawiającego prawidłowa. Przynajmniej na takim założeniu opiera się dominujące w orzecznictwie sądów okręgowych i KIO, słuszne stanowisko w sprawie konieczności odrzucenia oferty, w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Z tego względu pomijano uzupełnienia wyjaśnień dokonywane w postępowaniu odwoławczym. Jak bowiem wskazał Sąd Okręgowy w Poznaniu w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. X Ga 127/08: „Wobec *wykształconej w orzecznictwie zasady odrzucania ofert wykonawców, którzy złożyli niepełne albo niedostateczne wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. powtórne umożliwianie jednemu z wykonawców dokonywania tej czynności z pewnością naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji".*

Również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2014 r. (sygn. akt KIO 893/14) wskazano: „iż *kwestia, czy w danej ofercie mamy do czynienia z ceną rażąco niską, czy też nie, powinna być rozstrzygnięta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które stosownie do art. 15 ust. 1 ustawy pzp prowadzone jest przez*

zamawiającego. Jednocześnie warunkiem koniecznym jest dokonanie przez zamawiającego prawidłowej oceny wyjaśnień wykonawcy w toku prowadzonej procedury, o której mowa w art. 90 ustawy pzp." Natomiast w wyroku Sądu Okręgowego w W. z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), wydanym w wyniku skargi na ww. wyrok Izby, pokreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a także wskazano na konieczność uznania, iż cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest.

Powyższe tezy dotyczące wymaganej zawartości i „jakości" wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów. W obecnym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując w art. 90 ust. 2, że to wykonawca powinien udowodnić Zamawiającemu, iż jego cena nie jest rażąco niska, i udowodnić to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażona w powoływanym wyżej orzecznictwie teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a tym samym ryzyku jakie ponosi w przypadku uznania, iż są to wyjaśnienia niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny.

Na marginesie można jeszcze dodać, iż trudno generalnie dekretować optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. W szczególności w zależności od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Nie można więc z góry przesądzić czy w danym przypadku konieczne było przedstawianie wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów czy też wystarczające było tylko podanie i powołanie określonych informacji. Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany – wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia i oferty. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnym położeniu jego bazy czy siedziby, *etc…* przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na

uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności przez zamawiającego.

Powyższe jest skorelowane z rozkładem ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym ustanawianym przez dyspozycję art. 190 ust 1a Pzp – w przypadku, gdy cena danej oferty i dane podawane w wyjaśnieniach jej dotyczących są kwestionowane, to nie odwołujący, ale atakowany wykonawca (lub zamawiający) będzie zmuszony wykazać przed Izbą, że cena rażąco niska nie jest oraz udowodnić okoliczności, na które się powołuje, a które są kwestionowane. Przy czym w postępowaniu odwoławczym będzie to konieczne przy pomocy dowodów możliwych do przełożenia na materiał procesowy.

Podkreślić jeszcze raz należy, że w przypadku wystąpienia ustawowych wyznaczników podejrzenia wystąpienia ceny rażąco niskiej (zaniżenia ceny oferty względem szacunkowej wartości zamówienia lub średniej ofert złożonych w postępowaniu), ciężar wykazywania okoliczności, że dana cena ofertowa rażąco niska nie jest, został ściśle i jasno określony.

Odwołanie KIO 2115/16

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty BSB Sp. z o.o. w związku z rażąco niską ceną ofertową.

Zarzut uznano za zasadny.

Odnosząc powyższe rozważania ogólne do rozpatrywanej sprawy, w pierwszej kolejności należy wskazać, iż wyjaśnienia ceny ofertowej B. i S.B. Sp. z o.o. nie wypełniają powyższych postulatów – w żadnym razie nie mogą zostać uznane za obalające domniemanie wystąpienia ceny rażąco niskiej.

Po pierwsze w tym przypadku zaznaczyć należy, iż domniemanie takie ewidentnie wystąpiło. Wskazywane w treści odwołań znaczne różnice pomiędzy szacunkową wartością zamówienia i cenami wszystkich ofert a ceną oferty wybranej przesądzają o powyższym.

W takiej sytuacji Wykonawca składając swoje wyjaśnienia powinien dołożyć szczególnej staranności dla wykazania Zamawiającemu, iż oferowana przezeń cena rażąco niską nie jest.

Prawidłowość i zupełność dokonywanych tzw. metodą analityczną kalkulacji i wyjaśnień ceny wykonania zamówienia, zasadza się przeważnie na prawidłowym określeniu oraz podaniu przynajmniej większości czynności i nakładów składających się na dany przedmiot zamówieniu i niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, a następnie podaniu i wykazaniu możliwości wyceny tych elementów dostępnej danemu wykonawcy. Wyjaśnienia tego typu winny więc w większości przypadków składać się z dwóch możliwie kompletnych i wzajemnie adekwatnych komponentów: rzeczowego i rachunkowego/kosztowego.

Przy czym na marginesie należy zaznaczyć, iż powyższe uogólnienie, co do postulowanego kształtu wyjaśnień ceny rażąco niskiej nie wyczerpują całego bogactwa stanów faktycznych oraz sposobów, przy pomocy których również wykazać można realność ceny ofertowej. Dla przykładu, w przypadku niektórych przedmiotów zamówienia i w odniesieniu do niektórych typów wykonawców, bardziej wiarygodnym i miarodajnym sposobem wykazania prawidłowości kalkulacji cenowej może być przedstawienie kalkulacji kosztów opartej o rachunek kosztów zmiennych i stałych przedsiębiorstwa.

Zastany w tym przypadku przedmiot zamówienia i jego wycena w znacznym stopniu sprowadza się do wyceny ryzyk związanych z możliwością wystąpienia awarii, które w ramach zamówionego serwisu wykonawca winien będzie usunąć (ich częstotliwością, zakresem rzeczowym… etc.). Ryzyka te rozciągają się od opcji zerowej, tzn. zupełnej bezawaryjności sprzętu w okresie świadczenia usług, po ewentualność zepsucia się wszystkiego i dokonania praktycznie wymiany całości serwisowanego sprzętu lub bardzo znacznej ilości jego komponentów. Tym samym w ramach zidentyfikowanych i przyjętych przez wykonawcę założeń, co do rzeczowego zakresu świadczenia, które spodziewa się wykonać, winien przedstawiony zostać opis rzeczowy wycenianych czynności/elementów oferty oraz dokonana ich wycena z przedstawieniem poziomu kosztów dostępnych wykonawcy.

W wyjaśnieniach z dnia 14 października 2016 r. wykonawca BSB zdawał się powyższe uwzględniać i brać pod uwagę. Jednakże czynił to na zbyt wielkim poziomie ogólności. Wskazywał więc lakonicznie i ogólnikowo, iż w ramach wyceny usług brał pod

uwagę koszty osobowe, koszt zakupu sprzętu oraz zakres spodziewanych awarii (przyjmowany na podstawie dotychczasowych doświadczeń i dostępnych mu statystyk).

Jednakże w odniesieniu do wyceny części A, w wyjaśnieniach BSB szczegółowej i kompletnej kalkulacji zaoferowanej ceny w odniesieniu do wycenianych elementów oferowanego i spodziewanego świadczenia zabrakło. Całość wyjaśnień w tym zakresie zamknęła się w kilku zdaniach, według których kalkulacja i wycena oferty sprowadzała się do oparcia się na ofercie generalnego podwykonawcy oraz wycenienia dwukrotnej wymiany drobnego komponentu serwera, który będzie mógł ewentualnie ulec uszkodzeniu i podlegał

będzie wymianie. Koszt powyższego wykazano na poziomie ok. 11 000 zł. (koszt robocizny plus koszt zakupu podzespołów ustalony na podstawie przykładowej oferty załączonej do wyjaśnień). Odnośnie całej reszty ceny ofertowej wynoszącej ponad 600 000 zł (odpowiednio 400 000 zł w załączonej ofercie podwykonawcy) podano tylko, że pokrywa wszystkie ewentualne zakupy elementów i części zamiennych, koszty osobowe, a także zawiera marżę.

Tego typu wyjaśnienia sprowadzają się więc właściwie do podania, iż wykonawca wycenia jedną konkretną czynność, którą spodziewa się wykonać w ramach realizacji zamówienia na poziomie 11 000 zł, a cała pozostała kwota ceny obejmuje jedną rzeczową pozycję, którą w tym przypadku określić można ewentualnie jako „inne”.

Według wyjaśnień BSB cała pozostała, nierozpisana/niewyjaśniona kosztowo i rzeczowo cena ofertowa służyć miała kompensacji ryzyk związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia, tj. pokryciu kosztów bliżej nieokreślonych i niewycenionych awarii serwisowanego sprzętu, które mogą w trakcie realizacji umowy wystąpić. Nie podano przy tym żadnych bliższych danych na temat elementów zamówienia, które ewentualnie mogą zostać wykonane oraz w jaki sposób je wyceniono. Zamawiający nie otrzymał więc żadnych informacji, które pozwoliłyby mu zweryfikować i ocenić wiarygodność poziomu cen poszczególnych elementów zamówienia wycenianych przez Wykonawcę i tym samym realność przyjętej przez BSB wyceny. Ujmując rzecz najprościej: w świetle przedstawionych wyjaśnień właściwie nie wiadomo, do czego większość ceny ofertowej się odnosi i jaka jest struktura cen przypisanych w formularzu ofertowym do serwisu poszczególnych serwerów..

Powyższe obrazowane jest najlepiej faktem, iż wykonawca BSB w pierwotnie składanych wyjaśnieniach w ogóle nie wskazał i nie wycenił wymiany już zepsutych podzespołów, które wskazano w SIWZ. Dopiero w odpowiedzi na pytanie Zamawiającego postawione w tym zakresie, pismem z dnia 28 października br. Wykonawca wyjaśnił, że wycenił te elementy w kwocie 400 000 zł. (której w pierwotnych wyjaśnieniach nie rozpisano) oraz wykazał koszty ich zakupu.

Przy czym zaznaczyć należy, iż Izba nie podziela założeń czynionych przez Odwołującego, iż w powinnym poziomie kosztów realizacji zamówienia uwzględnić należy koszty zakupu 100% zapasu części zamiennych oraz wsparcie autoryzowanego serwisu I.. Za błędne i niedopuszczalne w kontekście oceny charakteru ceny ofertowej, Izba uznaje jednak również stanowisko skrajnie przeciwne, które sprowadza się do założenia, że w trakcie realizacji zamówienia prawie nic się nie zepsuje. Właściwe w tym przypadku byłoby wyznaczenie i wykazanie „złotego środka”, tj. najbardziej prawdopodobnego rzeczowego zakresu usług, które będą wykonywane i przedstawienie jego wiarygodnej wyceny. Niestety kształt wyjaśnień BSB w przedmiocie ceny ofertowej przedłożonych Zamawiającemu,

uniemożliwiał ocenę i stwierdzenie powyższego. Wskazywany wyżej brak bliższych informacji na temat założeń rzeczowych i kosztowych Wykonawcy w zakresie ponad 90% ceny ofertowej, wykluczał możliwość zweryfikowania ich wiarygodności i potwierdzenia prawidłowości wyceny.

W świetle powyższego uznano, iż Wykonawca w trakcie postępowania wyjaśniającego nie wykazał Zamawiającemu, w myśl art. 90 ust. 2 ustawy, że oferowana przezeń cena jest realna i pokrywa całość kosztów wykonania zamówienia oraz nakazano odrzucenie jego oferty.

Izba pominęła wszystkie dowody składane przez strony zmierzające do wykazywania

cen rynkowych części zamiennych uznając, iż nie mają znaczenia dla sprawy – są bezprzedmiotowe ponieważ wykraczają poza dokonaną w tym postępowaniu ocenę wyjaśnień BSB, która posłużyła do nakazania odrzucenia oferty Wykonawcy w związku z brakiem wykazania w ramach tych wyjaśnień, iż cena jego oferty rażąco niska nie jest.

Zarzut zaniechania odtajnienia wyjaśnień BSB Sp. z o.o. dotyczących rażąco niskiej ceny.

Zarzut oddalono.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a według art. 8 ust. 2 zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Przepis art. 8 ust. 3 ustawy stanowi, iż 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.

Natomiast zgodnie z art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 Nr 153 poz. 1503 ze zm.) 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.

W wyjaśnieniach BSB dotyczących ceny rażąco niskiej, których ujawnienia *in corpore* domaga się Odwołujący, znajdują się informacje, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa

w rozumieniu ww. przepisów, a Wykonawca zastrzegł i wykazał powyższą okoliczność w swoim piśmie.

Wskazane wyjaśnienia zawierają informacje na temat metod wyceny danego zakresu zamówienia oraz własnej metodologii w tym zakresie przyjętej przez Wykonawcę, i jako takie stanowią informacje organizacyjne przedsiębiorstwa posiadające dlań znaczenie gospodarcze, które na dodatek nie są powszechnie udostępniane.

Wykonawca BSB wskazał w swoim piśmie z dnia 14 października 2016 r. z jakich względów podawane informacje związane ze sposobem przygotowania i wyceny oferty mają dlań znaczenie gospodarcze - zawierają dane na temat podstaw wyliczenia wartości oferowanych usług i źródeł dostaw oraz know-how Wykonawcy. Wskazania tego typu pozwalają na materialną ocenę ww. przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie charakteru informacji i ich znaczenia oraz możliwa jest w tym przypadku ocena wiarygodności tych wskazań.

Natomiast w zakresie przesłanki formalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, a więc podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności, należy stwierdzić, że okoliczności te zostały wykazane przy ofercie, do czego pismo BSB z 14 października br. odsyła.

Odwołanie KIO 2116/16

Zarzuty dotyczące utajnienia wykazu osób przez B. i S.B. Sp. z o.o,

Zarzuty są częściowo zasadne.

Przepisy znajdujące zastosowanie w sprawie przytoczono wyżej, w uzasadnieniu wyroku dotyczącym odwołania KIO 2115/16.

Zastrzeżenie danych i informacji umożliwiających identyfikację osób, z którymi Wykonawca współpracuje, i przy pomocy których zamierza wykonywać zamówienie czy wykazuje spełnianie warunków zamówienia, jest generalnie możliwe, co znajduje potwierdzenie w dziesiątkach wyroków Izby i sądów okręgowych.

W rozpatrywanym przypadku BSB Sp. z o.o. w ofercie uzasadniła zastrzeżenie wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa, przez wskazanie znaczenia organizacyjnego i gospodarczego informacji o posiadanych zasobach osobowych. Wskazano również na możliwość „podkupienia" wysoko wykwalifikowanych współpracowników przez konkurencję.

Powyższe należy uznać za wystarczające wykazanie spełniania materialnych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, w odniesieniu do zastrzeżonych informacji.

Wykonawca wykazał również jakie środki zmierzające do ochrony poufności informacji podejmuje w swoim przedsiębiorstwie.

Jednakże w odniesieniu do osoby wskazanej w poz. 1 „Wykazu osób – cześć A zamówienia" nie sposób mówić, o zachowaniu niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji o współpracy z tą osobą.

Dla przypomnienia należy wskazać, iż informacją materialnie wartą w tym przypadku ochrony jest fakt współpracy z daną osobą i dane umożliwiające jej identyfikację, w wyniku czego możliwa byłaby próba nakłonienia członków personelu wykonawcy do przerwania współpracy. BSB nie wskazywała w swoim uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedstawionym wraz z ofertą, żadnych innych organizacyjnych względów o znaczeniu gospodarczym, w szczególności nie podnoszono żadnych okoliczności związanych z „metodologią przygotowywania oferty". Tymczasem informacje o współpracy Wykonawcy z osobą wskazaną w poz. 1 ww. wykazu w zakresie przedmiotowego zamówienia są powszechne dostępne, a nawet eksponowane przez BSB. Również dane tej osoby są jawne i podawane przez BSB. Natomiast na czym miałaby polegać tajemnica przedsiębiorstwa związana z zamieszczeniem ww. osoby w wykazie oraz czemu jej ochrona miałaby w tym przypadku służyć, tego BSB Sp. z o.o. nie wykazała Zamawiającemu.

W związku z powyższym nakazano Zamawiającemu odtajnienie oferty BSB we wskazanym w sentencji wyroku zakresie.

Oddalono zarzuty w odniesieniu do pozostałych osób wskazanych w „Wykazie osób – część A zamówienia" uznając, iż informacje z nimi związane wypełniają ustawowe przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa i zasługują na ochronę.

Ponadto Izba wskazuje, iż zbędne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy było dociekanie czy BSB Sp. z o.o. jest podmiotem publicznym, o którym mowa w art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2015 r. poz. 2058 ze zm.), a to ze względu na przedmiotowe wyłączenie zawarte w jej przepisach – zgodnie z art. 5 ust. 2 zd. 1 ww. ustawy, prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy. BSB jest przedsiębiorcą, a charakter zastrzeganych przez nią informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa został potwierdzony przez Izbę.

Zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny i utajnienia wyjaśnień w jej przedmiocie przez B. i S.B. Sp. z o.o.

Odwołanie w zakresie rażąco niskiej ceny BSB uwzględniono, a w zakresie utajnienia wyjaśnień oddalono – z uzasadnieniem tożsamym, jak w przypadku analogicznych zarzutów odwołania 2115/16.

Zarzuty dotyczący nieprawdziwych informacji, co do składu grupy kapitałowej BSB Sp. z o.o.

Odwołujący wycofał odwołanie w tym zakresie.

Zarzuty dotyczące utajnienia wykazu osób przez I. Sp. z o.o.

Zarzuty są niezasadne.

Zastrzeżenie danych i informacji umożliwiających identyfikację osób, z którymi Wykonawca współpracuje, i przy pomocy których zamierza wykonywać zamówienie czy wykazuje spełnianie warunków zamówienia, jest generalnie możliwe, co znajduje potwierdzenie w dziesiątkach wyroków Izby i sądów okręgowych.

W rozpatrywanym przypadku I. Sp. z o.o. w ofercie uzasadniła zastrzeżenie wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa, przez wskazanie, iż wykaz ten zawiera dane i opis posiadanych kwalifikacji oraz doświadczenia osób dedykowanych do roli zespołu serwisowego, a współpraca wykazywanych osób z Wykonawcą została objęta klauzulą

poufności.

Powyższe należy uznać za wystarczające wykazanie spełniania materialnych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, w odniesieniu do zastrzeżonych informacji.

Wykonawca wskazał również jakie środki zmierzające do ochrony poufności informacji podejmuje w swoim przedsiębiorstwie.

Zarzuty dotyczące nieskutecznego udostępnienia I. Sp. z o.o. potencjału przez podmiot trzeci

43

Zarzut jest niezasadny z uwagi na swoją bezprzedmiotowość – I. nie powołuje się w swojej ofercie na zasoby podmiotu trzeciego.

Zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny i utajnienia wyjaśnień w jej przedmiocie przez I. Sp. z o.o.

Zarzuty uznano za niezasadne.

Pismem z dnia 14 października 2016 r. I. wiarygodnie wyjaśniła kalkulację własnej ceny ofertowej, przedstawiając zarówno swoje założenia cenowe i możliwości kosztowe w odniesieniu do poszczególnych komponentów zamawianych usług, jak też wykazała te okoliczności. W szczególności wykazano i omówiono koszty zakupu sprzętu przewidzianego do wymiany.

W ocenie Izby zarówno przyjęty w wyjaśnieniach zakres napraw, jak i ich wycena nie budzą wątpliwości, co do ich realności i poprawności, a okoliczności tych nie zmienia ocena dowodów przedkładanych przez Odwołującego, *in corpore* uwzględnionych i ocenionych przez Izbę. Uznano przy tym, iż Odwołujący zawyża szacunki kosztów wykonania zamówienia przez zawyżanie kosztów części zamiennych dostępnych na rynku oraz przez przyjmowanie nieprawidłowych założeń, co do zakresu spodziewanych napraw oraz związanych z tym, niezbędnych nakładów rzeczowych i osobowych.

Wykonawca I. wskazał w swoim piśmie z dnia 14 października 2016 r. z jakich względów podawane informacje związane ze sposobem przygotowania i wyceny oferty mają dlań znaczenie gospodarcze - zawierają dane na temat podstaw wyliczenia wartości oferowanych usług i źródeł dostaw oraz know-how Wykonawcy. Wskazania tego typu pozwalają na materialną ocenę ww. przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie charakteru informacji i ich znaczenia oraz możliwa jest w tym przypadku ocena wiarygodności tych wskazań.

Wykonawca wskazał również jakie środki zmierzające do ochrony poufności informacji podejmuje w swoim przedsiębiorstwie.

Zarzuty dotyczący nieprawdziwych informacji, co do składu grupy kapitałowej I. Sp. z o.o.

Zarzuty oddalono.

44

Odwołujący nie udowodnił, że p. M.S., członek zarządu wskazanych w wykazie podmiotów należących do grupy kapitałowej złożonym przez I., kontroluje spółkę N. (w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów), a tym samym, że spółka ta winna zostać uznana za należącą do grupy kapitałowej, w skład której wchodzą: I Sp. z o.o., I. Sp. z o.o. oraz S. Sp. z o.o.. W szczególności dowodem tego typu okoliczności nie jest sam fakt posiadania 50% udziałów w spółce.

W skład grupy kapitałowej nie wchodzą również osoby fizyczne – członkowie zarządów spółek.

Zarzuty dotyczące utajnienia wykazu osób przez T. Sp. z o.o.

Zarzuty są niezasadne.

Zastrzeżenie na etapie składania ofert, danych i informacji umożliwiających identyfikację osób, z którymi Wykonawca współpracuje, i przy pomocy których zamierza

wykonywać zamówienie czy wykazuje spełnianie warunków zamówienia, jest generalnie możliwe, co znajduje potwierdzenie w dziesiątkach wyroków Izby i sądów okręgowych.

W rozpatrywanym przypadku T. Sp. z o.o. w ofercie uzasadniła zastrzeżenie wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa, przez wskazanie, iż wykaz ten zawiera imiona i nazwiska oraz opis kwalifikacji osób dedykowanych do obsadzenia poszczególnych stanowisk, a informacje te mają charakter poufny, co zmierza do ochrony zasobu osobowego Wykonawcy.

Powyższe należy uznać za wystarczające wykazanie spełniania materialnych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, w odniesieniu do zastrzeżonych informacji.

Wykonawca wskazał również jakie środki zmierzające do ochrony poufności informacji podejmuje w swoim przedsiębiorstwie.

Zarzuty dotyczące nieskutecznego udostępnienia potencjału T. Sp. z o.o. przez podmiot trzeci.

Zarzut jest niezasadny z uwagi na swoją bezprzedmiotowość – T. nie powołuje się w swojej ofercie na zasoby podmiotu trzeciego.

Zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny i utajnienia wyjaśnień w jej przedmiocie przez T. Sp. z o.o.

Zarzuty uznano za niezasadne.

Pismem z dnia 14 października 2016 r. T. wyjaśniła kalkulację własnej ceny ofertowej. Ponadto samo porównanie cen ofertowych składanych w postępowaniu (w szczególności fakt, iż tańszą cenę I. nie uznano za rażąco niską, a cenę BSB uznano za takową jedynie w związku z kształtem wyjaśnień przedłożonych Zamawiającemu) nie uprawnia do zakwestionowania ceny T..

Wykonawca w swoim piśmie z dnia 14 października 2016 r. wykazał również z jakich względów podawane informacje związane ze sposobem przygotowania i wyceny oferty mają dlań znaczenie gospodarcze.

Wykonawca wskazał także jakie środki zmierzające do ochrony poufności informacji podejmuje w swoim przedsiębiorstwie.

Zarzuty dotyczący nieprawdziwych informacji, co do składu grupy kapitałowej T. Sp. z o.o.

Zarzut oddalono.

Należy przyznać rację Odwołującemu, iż w dacie składania ofert w przedmiotowym postępowaniu w zestawieniu podmiotów tworzących grupę kapitałową wraz z T. winna znaleźć się również I. Sp. z o.o.

Jednakże pominięcie tej informacji w ofercie Wykonawcy nie ma w tym przypadku żadnego wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3, zgodnie z którym, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Brak wykazania umocowania do złożenia oferty T. Sp. z o.o.

Zarzut jest zasadny.

Do oferty T. nie załączono uchwały zgromadzenia wspólników w przedmiocie zmian w składzie zarządu Spółki.

Jednakże w związku z faktem, że dokumenty potwierdzające umocowanie osoby podpisującej ofertę T. znajdują się już w posiadaniu Zamawiającego, za zbędne i bezprzedmiotowe uznano nakazywanie wyrokiem dokonania formalnego wezwania do ich uzupełnienia.

Zarzut podania nieprawdziwych informacji w przedmiocie niezalegania w płatnościach podatków przez T. Sp. z o.o.

Zarzut jest niezasadny.

Prawidłowość i autentyczność zaświadczenia z Urzędu Skarbowego załączonego do oferty T. nie budzi żadnych wątpliwości Izby.

Odnośnie zarzutów niespełniania warunków udziału w postępowaniu przez ww. wykonawców w zakresie dysponowania wymaganymi osobami, Izba stwierdziła, iż żadnych zarzutów nadających się do rozpoznania w treści odwołania nie sformułowano. Zarzutem tego typu nie jest samo podanie naruszonego przepisu oraz wskazanie, iż wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale konieczne jest powołanie konkretnych okoliczności faktycznych, na których zarzut się zasadza. Takich okoliczności w odwołaniu nie podano.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).