

WYROK

z dnia 17 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 lipca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 2 lipca 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: **Grupa Doradcza Sienna sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług doradztwa prawnego z zakresu zamówień publicznych i innych usług prawnych w związku z realizacją Szwajcarsko-Polskiego Programu Współpracy* (nr postępowania ZP/10/2014) prowadzonym przez zamawiającego: **Władza Wdrażająca Programy Europejskie z siedzibą w Warszawie** przy udziale wykonawcy: **Kancelaria Adwokacka M. K. w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Kancelarię Adwokacką M. K. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem dokonania w stosunku do tej oferty: po pierwsze – odtajnienia w całości wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz odtajnienie wykazu osób w zakresie opisu doświadczenia osób wskazanych w wykazie oraz opisu kwalifikacji i wykształcenia, z wyjątkiem nr uprawnień; po drugie – zwrócenia się do wykonawcy w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności związanych z kosztem przeprowadzenia kontroli ex-post jednego zamówienia publicznego.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Władzę Wdrażającą Programy Europejskie z siedzibą w Warszawie i:

1

Sygn. akt KIO 1354/14

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – **Grupę Doradczą Sienna sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego – **Władzy Wdrażającej Programy Europejskie z siedzibą w Warszawie** na rzecz odwołującego – **Grupy Doradczej Sienna sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt KIO 1354/14

Uzasadnienie

Zamawiający – Władza Wdrażająca Programy Europejskie z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”}, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. Świadczenie *usług doradztwa prawnego z zakresu zamówień publicznych i innych usług prawnych w związku z realizacją Szwajcarsko-Polskiego Programu Współpracy* (nr postępowania ZP/10/2014).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2014/S_073-126347 z 12 kwietnia 2014 r., z tym że 14 kwietnia 2014 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.wwp.gov.pl), na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia {zwaną również dalej „specyfikacją”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 243.902,45 zł, co stanowi równowartość 57.729,76 euro, w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających została ustalona na kwotę 81.300,81 zł, co stanowi równowartość 19.243,25 euro.

23 czerwca 2014 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – Grupie Doradczej Sienna sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {Wykonawcy dalej zwanemu również w skrócie „Sienna”} zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Kancelarię Adwokacką M. K. w Warszawie {wykonawcy zwanemu również dalej w skrócie „Kancelaria M. K.”}.

2 lipca 2014 r. (pismem z 27 czerwca 2014 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego oraz zaniechania przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i odrzucenia oferty Kancelarii Adwokackiej M. K., a także od zaniechania odtajnienia oraz udostępnienia Odwołującemu elementów oferty Kancelarii Adwokackiej M. K. wskazanych w odwołaniu – zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 1, 2 i 3, art. 91 ust. 1 oraz art. 96 ust. 3 ustawy pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

3

Sygn. akt KIO 1354/14

1. Unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Kancelarii Adwokackiej M. K. .
2. Odtajnienia wykazu usług oraz osób wraz z poświadczeniami należytego wykonania usług albo wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania przez utajnione dokumenty przesłanek art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji {zwanej również dalej w skrócie „uznk”} oraz udostępnienia tych wykazów Odwołującemu.
3. Dokonania ponownej oceny ofert, w szczególności przez wezwanie do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w ofercie Kancelarii Adwokackiej M. K. na podstawie art. 90 ust. 1 pzp i jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp.
4. Dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

I. {zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny}

W ocenie Odwołującego Kancelaria Adwokacka M. K. złożyła w postępowaniu ofertę zawierającą cenę rażąco niską, stąd na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp oferta ta powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego, z tym zastrzeżeniem, że Zamawiający powinien uprzednio wezwać Wykonawcę na podstawie art. 90 ust. 1 pzp do

wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i dokonać oceny tych wyjaśnień.

Według Odwołującego ujawniona mu dokumentacja postępowania wskazuje na to, że Zamawiający, pomimo okoliczności wskazujących na to, że oferta cenowa Kancelarii jest rażąco niska, zaniechał wezwania Wykonawcy do wyjaśnień.

Co prawda: *Przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, mimo że pojęcie to zostało użyte przez ustawodawcę nie tylko w art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., ale i w art. 90 p.z.p. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i można przyjąć, 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.* {wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08}. Wobec braku ustawowego zdefiniowania pojęcia „cena rażąco niska” w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że konieczne jest porównanie ceny ofertowej do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia oraz do cen innych ofert złożonych w postępowaniu, do cen

4

Sygn. akt KIO 1354/14

rynkowych, jak również do średniej cen ofert. {wyroki: z 16 grudnia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 2604/10), z 10 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 2338/10), z 18 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1663/10)} W innym orzeczeniu Izba wskazała: *Punktami odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: (1) wartość przedmiotu zamówienia, (2) ceny innych ofert złożonych w postępowaniu, również (3) wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji zamawiającego.* {wyrok z 21 września 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1126/09)}. *Ustalając czy oferta zawiera rażąco niską cenę, w pierwszej kolejności należy porównać wysokość cen zaoferowanych w postępowaniu obrazujących ceny rynkowe.* {wyrok Izby z 20 listopada 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1227/08)}

Odwołujący podał, że przy podanej w ogłoszeniu wartości szacunkowej zamówienia na kwotę 243.902,45 zł, w postępowaniu oferty z następującymi cenami (brutto) złożyli:

1. Kancelaria Adwokacka M. K. z ceną 96.678,00 zł.
2. Grupa Doradcza Sienna sp. z o.o. z ceną 188.800,00 zł.
3. COZP sp. z o.o. z ceną 198.768,00 zł.
4. Centrum Doradztwa i Szkoleń PZP R. K. z ceną 156.210,00 zł.
5. 4pi sp. z o.o. z ceną 178.600,00 zł.
6. Kancelaria Radcy Prawnego J. L. z ceną 185.680,80 zł.
7. Konsorcjum M. i Wspólnicy z ceną 469.220,40 zł.

Odwołujący stwierdził, że pobieżna analiza wskazuje, że oferta Kancelarii nie tylko stanowi ok. 40% wartości szacunkowej zamówienia, ale również ok. 50% średniej cen ofert (przy pominięciu najdroższej oferty), która wynosi ok. 177.000 zł.

Według Odwołującego wskazuje to, w kontekście przytoczonego powyżej orzecznictwa, co najmniej na istnienie podejrzenia rażąco niskiej ceny, a to już powinno skutkować po stronie Zamawiającego wezwaniem na podstawie art. 90 ust. 1 pzp.

Zgodnie z orzecznictwem Izby konieczność wszczęcia procedury wyjaśniającej powstaje już wówczas, gdy cena oferty odbiega choćby o 10 % od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20 % od wartości szacunkowej zamówienia {wyrok z 4 stycznia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 117/10)}. Z orzeczenia z 16 lipca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 671/08) wynika, że *w jednym przypadku różnica cenowa kilkunastoprocentowa pomiędzy złożonymi ofertami może już świadczyć o cenie rażąco niskiej, w innej zaś wprost przeciwnie.*

Ponieważ oferta Kancelarii M. K. jest niższa od szacunkowej wartości zamówienia oraz średniej wartości pozostałych ofert o ok. 40 - 50%, w ocenie Odwołującego wezwanie na podstawie art. 90 ust. 1 pzp do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na

5

Sygn. akt KIO 1354/14

wysokość ceny było konieczne, szczególnie, że istnieje wątpliwość, czy Wykonawca będzie

w stanie wykonać zamówienie na wymaganym w SIWZ poziomie.

Odnosnie wiarygodności oszacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego, Odwołujący zwrócił uwagę na to, że Zamawiający jest beneficjentem Szwajcarsko- Polskiego Programu Współpracy (SPPW), który podlega rygorom związanym z procesem wnioskowania o dofinansowanie przez Konfederację Szwajcarską. Wnioski o dofinansowanie są weryfikowane także pod kątem zasadności kosztów, a więc w tym przypadku – wysokości wynagrodzeń ekspertów przewidzianych do wykonywania kontroli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Według Odwołującego Sąd Okręgowy we Wrocławiu także uznał taką weryfikację za okoliczność uwiarygodniającą dokonany przez zamawiającego szacunek. W wyroku z 8 listopada 2007 r. (sygn. akt X Ga 294/07) sąd ocenił, że: *wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia została zaakceptowana przez Ministerstwo Środowiska i przyjęta w procesie wnioskowania o sfinansowanie nadzoru przez Unię Europejską, co oznacza, że znajdowała oparcie w cenach rynkowych i została wyliczona z należytą starannością.*

Zdaniem Odwołującego w tych okolicznościach wiarygodne oszacowanie wartości zamówienia oraz wartości pozostałych ofert jednoznacznie wskazują, że oferta Kancelarii M. K. jest niższa od cen rynkowych, co musi skutkować odrzuceniem jego oferty lub co najmniej wezwaniem Kancelarii M. K. na podstawie art. 90 ust. 1 pzp.

Odwołujący podniósł następnie, że podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny pozostaje w ścisłym związku z przedmiotem zamówienia, stąd zarówno przesłanką wezwania, jak i później odrzucenia oferty z rażąco niską ceną jest przekonanie zamawiającego o braku możliwości realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ za zaoferowaną cenę.

Odwołujący podał, że przedmiotem zamówienia w tym postępowaniu jest świadczenie pomocy prawnej, a więc usług o charakterze niematerialnym.

Odwołujący powołał się na to, że Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do usług inżynierskich czy też usług menedżerskich, które mają charakter usług niematerialnych, tak jak usługi obsługi prawnej, wskazała, że: *Zamówienie tego rodzaju opiera się w znacznym stopniu na potencjale ludzkim i doświadczeniu. Mniejsze znaczenie mają posiadane zasoby techniczne. Istotna jest też okoliczność o ile wykonawca może przystosować gotowe rozwiązania i uruchomić kontakty, które posiada w związku z innymi zamówieniami, nadające się do wykorzystania w danym postępowaniu.* {analogicznie w wyrokach: z 14 sierpnia 2012 r. (sygn. KIO 1663/12), z 30 lipca 2012 r. (sygn. akt KIO 1502/12)}

Sygn. akt KIO 1354/14

Odwołujący wywiódł, że istotne zatem z punktu widzenia wykazania podstaw obniżenia ceny względem innych wykonawców (i wartości zamówienia) jest to, czy wykonawca:

1) posiada gotowe rozwiązania, czyli metodologię wykonywania usług, i czy może je wdrożyć o tyle łatwiej i szybciej, aby uzyskać efekt polegający na wykonaniu zamówienia na poziomie i w zakresie wymaganym umową, przy jednoczesnej redukcji kosztów wynikających z ceny oferty;

2) dysponuje osobami, które posiadając kwalifikacje i wiedzę (określone w SIWZ) niezbędne do wykonywania czynności objętych umową, jednocześnie zgodzą się na stawkę wynagrodzenia wynikającą z oferty pomniejszoną o pozostałe koszty konieczne do realizacji umowy. To ostatnie jest według Odwołującego bezpośrednio związane z sytuacją na rynku i wynagrodzeniami obowiązującymi w danej branży.

{ad 1)}

Odwołujący wywiódł, że posiadanie gotowych rozwiązań metodologicznych (które mogą obniżyć cenę oferty), czyli wypracowanych metod wykonywania pewnych czynności podczas wykonywania usługi, wymaga posiadania doświadczenia przy wykonywaniu podobnych zamówień. Dodatkowo zgodnie z art. 90 ust. 2 pzp te umiejętności i rozwiązania muszą mieć charakter wyjątkowy – właściwy temu wykonawcy, który obniżył cenę względem innych (czyli Kancelarii M. K.), a niedostępny innym wykonawcom. Ma to szczególnie znaczenie, jeśli zaoferowane przez tych innych wykonawców ceny są do siebie zbliżone, tak jak w niniejszej sprawie, co sugeruje, że wykonawcy ci za ten sam przedmiot zamówienia

i z uwzględnieniem konieczności konkurencyjności z innymi wykonawcami, uznają, że dostępne im metody realizacji zamówienia nie pozwalają na obniżenie ceny tak znacznie, jak zrobiła to Kancelaria M. K. .

Odwolujący powołał się na to, że zgodnie z wyrokiem Izby z 22 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2354/13) *powoływanie się przez wykonawcę na sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla danego wykonawcy ma, z punktu widzenia oceny zaoferowanej ceny pod kątem jej rażąco niskiego charakteru, znaczenie wówczas, gdy – zgodnie ze wskazówką ustawodawcy – są one wyjątkowe. Wyjątkowość tych warunków polegać może na tym, że są dostępne wyłącznie danemu wykonawcy albo, choć tak nie jest, to jednocześnie wykonawca wykaże swoją „przewagę” nad innymi wykonawcami w tym aspekcie.*

Odwolujący podsumował, że powoływanie się na kwestie obniżające koszty, ale dostępne szerokiemu gronu wykonawców nie może być uznane za wiarygodne wytłumaczenie rażąco niskiej ceny.

7

Sygn. akt KIO 1354/14

Odwolujący podkreślił, że brak wezwania ze strony Zamawiającego spowodowało, że w dokumentacji postępowania nie można znaleźć żadnych okoliczności właściwych Kancelarii M. K. , które pozwalałyby na tak znaczące obniżenie ceny oferty. Brak wezwania Kancelarii przez Zamawiającego w omawianym zakresie nie daje możliwości odniesienia się bezpośrednio do argumentów Wykonawcy. Odwołującemu trudno zatem zrozumieć na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty Kancelarii M. K. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp.

Odwolujący oświadczył, że posiada doświadczenie w wykonywaniu tożsamych kontroli (ex-ante, ex-post) oraz opinii prawnych dotyczących właśnie postępowań dofinansowanych ze środków SPPW, gdyż realizował już trzy umowy obejmujące kontrolę postępowań dofinansowanych ze środków tego programu i przeprowadził kontrolę ex-post lub ex-ante ok. 150 postępowań. Posiada wypracowane metody wykonywania tych konkretnych usług z uwzględnieniem wszystkich elementów niezbędnych do ich rzetelnego wykonania (takich jak znajomość taryfikatora korekt właściwego dla SPPW, odpowiednich tabel zgodności działań wykonawców z ustawą pzp, wytycznych SPPW oraz samej ustawy pzp.) Uwzględnienie tych wszystkich elementów, a więc znajomość stopnia komplikacji oraz pracochłonności wykonania usług kontrolnych nie dała Odwołującemu możliwości obniżenia ceny za kontrolę postępowania poniżej 1000 zł. Wynika to z faktu, że liczba godzin, które trzeba przeznaczyć na sprawdzenie zgodności jednego postępowania z ustawą pzp, wytycznymi SPPW oraz wypełnienie odpowiednich tabel, przekracza 10, a w przypadku niektórych postępowań 12 (np. postępowania na skomplikowane systemy informatyczne lub roboty budowlane, które w opisie przedmiotu zamówienia zawierają szereg zapisów uchybiających art. 29 ust. 2 lub 3 pzp, a które należy wskazać i opisać). Kontrola postępowania nie może się także obejść bez wnikliwego sprawdzenia SIWZ, jego załączników, ofert itd.

Odwolujący stwierdził, że jego szerokie doświadczenie pozwala mu na zaoferowanie niższej od wartości szacunkowej ceny przy jednoczesnym zachowaniu wysokiego poziomu usługi. Wykonywane dotychczas umowy lub pojedyncze zlecenia zostały ocenione przez kontrahentów pozytywnie i odebrane bez zastrzeżeń. Również ceny pozostałych ofert w tym postępowaniu potwierdzają, że wykonawcy, którzy mają doświadczenie w realizacji podobnych umów (co musieli wykazać zgodnie z wymogami SIWZ), biorąc pod uwagę uwarunkowania rynkowe, w tym konkurencję, ale także wyżej opisany zakres zamówienia, musieli, działając racjonalnie, podać ceny podobne do Odwołującego. W związku z tym cena oferty Kancelarii M. K. nie da się uzasadnić racjonalnymi argumentami odnoszącymi się do wyjątkowo sprzyjających warunków dostępnych temu wykonawcy, chyba że wskazałby on,

8

Sygn. akt KIO 1354/14

że posiada jeszcze większe doświadczenie przy realizacji podobnych umów.

W opinii Odwołującego z oferty tego Wykonawcy takie okoliczności nie wynikają.

Odwołujący zauważył, że Kancelaria M. K. nie zamierza sama wykonywać kontroli postępowań, gdyż w formularzu oferty wskazała, że te elementy zamówienia powierzy podwykonawcom, a więc innym uczestnikom rynku. Sytuacja na rynku wykonawców i podwykonawców nie może abstrahować od wartości ofert podmiotów składających oferty w przedmiotowym postępowaniu, a ta wskazuje, że nie ma innych niż Kancelaria M. K. podmiotów, które posiadają wymagane doświadczenie i mogą rzetelnie wykonać kontrolę postępowania za kwotę 615 zł. Odwołujący sformułował następujące pytanie: *jak wobec tego Kancelaria chce zlecić realizację umowy podwykonawcom, w sytuacji, gdy inni uczestnicy zgodnie podają w swoich ofertach ceny dużo wyższe od Kancelarii?*

Odwołujący w tym miejscu podkreślił, że jego dotychczasowe doświadczenie z aktualnie realizowanych umów dotyczących kontroli postępowań dofinansowanych z SPPW wskazuje, że wynagrodzenie za kontrolę jednego postępowania wynosiło ok. 2000 zł. Wskazana w ofercie Odwołującego w tym postępowaniu cena jest i tak dużo niższa od dotychczas stosowanych, niemniej jednak uwzględni zarówno przedmiot zamówienia jak i pewien wzrost konkurencji na rynku.

W opinii Odwołującego *zejście Kancelarii poniżej stawki Odwołującego oraz innych wykonawców potwierdza nie tylko obowiązek wezwania Kancelarii do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ale także odrzucenia oferty Kancelarii.*
{ad 2}}

Odwołujący podkreślił, że obniżenie wynagrodzenia dla osób realizujących umowę, skutkuje także koniecznością zatrudnienia osób mniej kompetentnych, bez stosownego doświadczenia, a co za tym idzie obniżeniem jakości wykonywanej pracy.

Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 4.1.4 SIWZ wymagano, aby wykonawca dysponował:

- czterema osobami z wykształceniem wyższym, z których każda przeprowadziła zewnętrzną (niezależną od podmiotu kontrolowanego) kontrolę, co najmniej 10 postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, udzielonego w oparciu o ustawę Prawo zamówień publicznych;
- jedną osobą posiadającą tytuł zawodowy radcy prawnego, w rozumieniu ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. 1982 nr 19 poz. 145 z późn. zm.) lub adwokata, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 maja 1982 r. o adwokaturze (Dz.U. 1982 nr 16 poz. 124 z późn. zm.) lub prawnikiem zagranicznym w rozumieniu ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. 2002 nr 126 poz. 1069 z późn. zm.), która jest autorem, co najmniej 8 (ośmiu)

Sygn. akt KIO 1354/14

opinii prawnych z zakresu zamówień publicznych.

Oznacza to według Odwołującego, że w celu wykonania usługi kontroli postępowania trzeba zatrudnić osobę znającą Prawo zamówień publicznych, przepisy odpowiednich dyrektyw UE, która będzie posiadać kwalifikacje do przeprowadzania kontroli we wskazanym w załączniku nr 1 do SIWZ zakresie, tj. – jak podał Odwołujący:

1.7 W ramach przedstawionych wyników kontroli w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości, Wykonawca przedstawi szczegółowe uzasadnienie faktyczne i prawne dotyczące stwierdzonej nieprawidłowości, w tym powoła się w uzasadnieniu na wyroki KIO, Sądów Okręgowych, wyroków ETS, stanowisk i opinii Prezesa UZP, komentarze do ustawy PZP, orzecznictwo GKO potwierdzające stwierdzoną nieprawidłowość.

1.8 Kontrola powinna być wykonywana wedle najlepszej wiedzy wykonawcy i powinna zawierać elementy istotne dla podjęcia przez Zamawiającego decyzji, czy stwierdzone nieprawidłowości i uchybienia w prawidłowości procedury przetargowej mogą skutkować odmową refundacji lub koniecznością żądania zwrotu dofinansowania w stosunku do beneficjenta/partnera.

1.9 Podsumowanie opinii powinno zawierać opis stwierdzonych naruszeń w tym zwłaszcza nieprawidłowości zaistniałych podczas udzielania zamówień publicznych w zakresie spełnienia przesłanek ustawy PZP, ważności umowy z wykonawcą lub uzasadnienie konieczności unieważnienia postępowania. W przypadku stwierdzenia naruszeń podczas kontroli udzielania zamówień publicznych Wykonawca proponuje korektę finansową wydatków kwalifikowanych opierając się na „Wytocznych dotyczących określania korekt finansowych dla wydatków współfinansowanych z Funduszy Strukturalnych oraz Funduszu

Spójności w przypadku nieprzestrzegania przepisów dotyczących zamówień publicznych"
opublikowanych przez Komisję Europejską 29.11.2007 r. (tzw. COCOF 07/0037/03-PL
(Wytyczne są dostępne pod adresem internetowym: <http://ec.europa.eu/regional>
2007 pl.pdfgu).

policy/sources/docoffic/official/guidelines/financial correction/correction

Dodatkowo, przy określaniu wysokości korekty finansowej zgodnie z taryfikatorem COCOF Wykonawca weźmie pod uwagę możliwość miarkowania wysokości korekty i w każdym przypadku, gdy będzie to możliwe zaproponuje poziom takiego miarkowania odpowiednio to uzasadniając.

Powyższe zdaniem Odwołującego oznacza konieczność zatrudnienia eksperta ds. zamówień publicznych o wyższym wykształceniu oraz kilkuletnim doświadczeniu lub firm dysponujących takimi osobami.

Przy założeniu, że kontrola najkrótszego postępowania trwa 10 - 15 godzin, wartość godziny pracy eksperta w ofercie Odwołującego wynosi 120 zł. W opinii Odwołującego

10

Sygn. akt KIO 1354/14

nie ma podstaw sądzić, że pracujący dla Kancelarii podwykonawcy będą gotowi realizować kontrolę za kwotę dwa lub trzy razy niższą (40 - 60 zł za godzinę), w szczególności, że we wskazanym wynagrodzeniu powinny zostać uwzględnione, zgodnie z pkt 10.2 SIWZ *wszelkie koszty niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania zamówienia oraz wszelkie opłaty i podatki wynikające z obowiązujących przepisów*, a więc:

- koszty udokumentowania przeprowadzonej kontroli (zgodnie z pkt 1.10 załącznika nr 1 do SIWZ): *wypełnione odpowiednio listy sprawdzające tj. Listę kontrolną dodatkową do weryfikacji zgodności z obowiązującym Prawem Zamówień Publicznych lub listę sprawdzającą ex-ante*, czyli koszty papieru, wydruku, itd.;
- koszty podatku VAT od wykonanej usługi, a w przypadku osób fizycznych – koszty podatków PIT oraz opłat na rzecz ZUS;
- koszty przewozu dokumentacji postępowania w przypadku kontroli ex-post od i do Zamawiającego z uwzględnieniem przestoju w pracy w przypadku samodzielnego przewozu;

Odwołujący stwierdził, że przyjmując na choćby minimalnym poziomie koszty własne i zysk własny, koszty i zysk podwykonawcy, po odliczeniu ww. kosztów za pracę osoby wykonującej audyt pozostaje wynagrodzenie pomiędzy 30 i 40 zł za godzinę pracy, co oznacza, że osoba taka nie będzie dysponowała wiedzą ekspercką, a co najwyżej wiedzą początkującego pracownika zamówień publicznych.

Odwołujący zwrócił uwagę, że rynek usług prawnych charakteryzuje się wysoką specjalizacją, co jest zresztą pożądane w kontekście wymogów SIWZ w zakresie warunku dysponowania osobami. Koszty zatrudnienia wykwalifikowanego prawnika w administracji wynikają np. z aktów prawa wewnętrznego. Odwołujący w tym miejscu wskazał na treść załącznika nr 2 do zarządzenia nr 53/2013 z dnia 6 grudnia 2013 r. wydanego w Narodowym Centrum Badań i Rozwoju, gdzie wprost wskazano kwotę wynagrodzenia eksperta z zakresu prawa w wysokości 300 zł za godzinę.

Zdaniem Odwołującego w takiej sytuacji cel umowy polegający na wnikliwej weryfikacji dokumentacji postępowania (szczególnie przy kontroli ex-ante), która ma uchronić beneficjentów SPPW (gminy), przed nałożeniem korekty finansowej (nawet do 100% dofinansowania) i uszczuplenia ich budżetów, nie będzie mógł zostać spełniony. Oznacza to, że wskazana w ofercie cena za kontrolę postępowań (dla każdego rodzaju kontroli podano taką samą cenę) nie gwarantuje realizacji umowy.

Odwołujący podał, że w przypadku przygotowania opinii prawnej Zamawiający wymagał (pkt 2 załącznika nr 1 do SIWZ), aby jej autorem lub współautorem był radca prawny lub adwokat.

11

Sygn. akt KIO 1354/14

W tym przypadku według Odwołującego jeszcze łatwiej jest wykazać, że wskazana w ofercie kwota 135 zł za godzinę pracy radcy lub adwokata odstaje od standardów

obowiązujących w tej branży. Biorąc pod uwagę wykonywane przez Odwołującego umowy dotyczące SPPW w zakresie opinii prawnych, cena za godzinę świadczenia doradztwa (m.in. w formie przygotowania opinii) to ok. 200 zł. bez podatku VAT. Odwołujący powołał się na to, że powszechnie przyjmuje się koszt godziny doradztwa osoby posiadającej uprawnienia adwokata lub radcy prawnego, w zależności od doświadczenia i renomy, w przedziale od 200 do nawet 800 zł za godzinę. Odwołujący przywołał także wyniki postępowania na obsługę prawną Muzeum Sztuki Nowoczesnej z 2013 r., jako postępowanie ze stosunkowo najniższymi stawkami za taką czynność (ogłoszenie o zamówieniu w BZP nr 54704 - 2013, ogłoszenie o udzielenie zamówienia z kwotą wynagrodzenia za roboczogodzinę nr 89788 - 2013), w którym wymagano, aby osoba wykonująca czynności posiadała uprawnienia adwokata oraz stosowne doświadczenie. Wartość wynagrodzenia za roboczogodzinę w tym postępowaniu to 184 zł brutto. W tym świetle kwota 135 zł jest znacznie zaniżona.

Odwołujący podsumował, że trudno wyobrazić sobie, aby możliwe było podanie racjonalnych wyjaśnień uzasadniających obniżenie wynagrodzenia ekspertów poniżej poziomu określonego w szacunkowej wartości zamówienia lub ofertach innych wykonawców. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 8 listopada 2007 r. (sygn. akt X Ga 294/07) *wskazanie przez skarżącego okoliczności, które w jego ocenie uzasadniają kalkulowanie wynagrodzenia ekspertów na znacznie niższym poziomie niż przyjęty w szacunkowej wartości kontraktu, eliminując zdaniem skarżącego konieczność ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z realizacją zamówienia (...), dysponowanie kadrą wykwalifikowanych pracowników etatowych oraz doświadczenie związane z bieżącym wykonywaniem kontraktów podobnych, nie stanowią w ocenie Sądu Okręgowego obiektywnych czynników, które z logicznego punktu widzenia mogłyby mieć istotny wpływ na obniżenie wysokości ceny oferty. Racjonalnie rzecz biorąc wymienione wyżej czynniki powinny być uwzględnione w ofercie każdego wykonawcy przystępującego do tego rodzaju przetargu.* Kancelaria M. K. , co prawda, nie składała wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jednak w przypadku usług niematerialnych obniżenie ceny za kontrolę wymagałoby dysponowania osobami o odpowiednim doświadczeniu, a takimi osobami dysponuje także Odwołujący (który wykonywał kilka tożsamyh umów) i pozostali wykonawcy, którzy spełnili warunek SIWZ. Dlatego w opinii Odwołującego brak jest możliwości powoływania się przez Kancelarię na wyjątkowo sprzyjające temu wykonawcy warunki realizacji zamówienia. Oznacza to według Odwołującego, że zaoferowana przez Kancelarię M. K. cena jest rażąco niska i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp.

12

Sygn. akt KIO 1354/14

II. {zarzuty dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa}

Zdaniem Odwołującego okoliczności przedmiotowego postępowania świadczą o tym, że wykazy usług i osób załączone do oferty Kancelarii nie mogą zostać uznane za tajemnice przedsiębiorstwa, gdyż nie wypełniają wszystkich przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji to *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*. Na tej podstawie można wskazać następujące przesłanki uznania konkretnych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa: po pierwsze – muszą to być informacje techniczne, technologiczne (itd.) lub inne, jeżeli mają wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy; po drugie – muszą to być informacje nieujawnione do publicznej wiadomości; po trzecie – przedsiębiorca musiał podjąć niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tylko te elementy oferty Kancelarii M. K. , które spełniają łącznie powyższe trzy przesłanki, mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie zaś z art. 8 ust. 2 ustawy pzp Zamawiający musi ujawnić wszelkie pozostałe informacje związane z postępowaniem, ponieważ są one jawne (art. 96 ust. 3 pzp), w tym protokół postępowania oraz jego załączniki – oferty i korespondencję Zamawiającego z wykonawcami. Odwołujący podkreślił także, że z mocy art. 139 ust. 3 pzp jawne są umowy ws. zamówienia publicznego, a więc wszystkie zawarte w nich informacje, w tym: strony umowy, wynagrodzenie, zakres przedmiotowy itd.

Odwolujący podał, że Kancelaria M. K. na str. 9 oferty złożyła oświadczenie, że wskazane w wykazach usług i osób dane stanowią tajemnice przedsiębiorstwa i zastrzegła ich nieujawnianie. Jednocześnie w oświadczeniu tym Kancelaria M. K. nie odniosła się do ww. przesłanek uznk. Udostępniona dokumentacja postępowania nie wskazuje, żeby Zamawiający wzywał Kancelarię M. K. do wyjaśnienia podstaw faktycznych utajnienia wykazu usług czy też osób.

Tym samym w ocenie Odwołującego Zamawiający na etapie oceny ofert nie dokonał niezbędnej oceny oferty Kancelarii M. K. w tym zakresie, która jest niezbędna z punktu widzenia możliwości udostępnienia innym wykonawcom oferty Kancelarii, i realizacji podstawowej zasady ustawy pzp tj. jawności postępowania oraz protokołu (art. 8 ust. 1 oraz 96 ust. 3 ustawy pzp). Konsekwencją zaniechania wezwania Kancelarii M. K. do wyjaśnienia zasadności utajnienia oferty była nieuzasadniona odmowa udostępnienia w całości tej oferty Odwołującemu na złożony 23 czerwca br. wniosek.

13

Sygn. akt KIO 1354/14

Odwolujący zaznaczył, że ponieważ zgodnie z art. 96 ust. 3 pzp załączniki do protokołu (oprócz ofert, które udostępnia się po otwarciu) udostępnia się po wyborze oferty najkorzystniejszej, czyli od momentu, od którego można wnosić środki ochrony prawnej, Zamawiający powinien jeszcze na etapie oceny ofert ustalić, czy i które elementy ofert można udostępnić wykonawcom, tak, aby po wyborze mogli oni wnieść skuteczne odwołanie.

Odwolujący zarzucił, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zaniechał tej czynności, opierając się na lakonicznym oświadczeniu Kancelarii M. K., z którego nie wynika, że zastrzeżone wykaz usług i osób oraz poświadczenia należytego wykonania usług spełniają przesłanki art. 11 ust. 4 ustawy pzp.

Zgodnie zaś z orzecznictwem Izby: *Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony, zaś brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia.* {wyrok z 17 grudnia 2013 r. (sygn. akr KIO 2773/13)}.

Doktryna oraz orzecznictwo potwierdzają, że *stan tajemnicy ustaje dopiero wówczas, gdy informacja została ujawniona w taki sposób, że każdy zainteresowany może się z nią zapoznać bez uzyskania zgody uprawnionego, chociażby łączyło się to z pewnymi kosztami i trudnościami.* Zdaniem Sądu Najwyższego *informacja nieujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (konkurent) może się o niej dowiedzieć drogą zwykłą i dozwoloną.* {Komentarz do Ustawy o Zwalczaniu Nieuczciwej Konkurencji pod red. J. Szwejki, wyd. 2, str. 464, teza 42 i 43}.

Ze złożonego oświadczenia Kancelarii M. K. nie wynika, że powyższe informacje nie były udostępniane wcześniej w sposób, który umożliwia dotarcie do niej szerokiemu gronu osób, np. w ofercie przetargowej.

Zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego to podmiot, który wywodzi z faktu skutek prawny musi udowodnić jego istnienie. Art. 8 ust. 2 ustawy pzp wskazuje zaś, że Zamawiający może utajnić informacje tylko, gdy wynika to z ustawy – w tym przypadku art. 11 ust. 4 uznk. Dlatego Zamawiający nie mając dostatecznej wiedzy nt. zasadności utajnienia oferty Kancelarii M. K. miał obowiązek wezwać tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień, a Wykonawca ten – pod rygorem odtajnienia zastrzeżonych stron oferty – miałby obowiązek takie wyjaśnienia złożyć.

Odwolujący podkreślił, że okoliczności niniejszej sprawy wskazują, że nie ma podstaw do uznania, że treść oferty Kancelarii M. K. zawierała tajemnicę przedsiębiorstwa.

14

Sygn. akt KIO 1354/14

Wręcz przeciwnie opis sposobu dokonywania oceny warunku wiedzy doświadczenia, który jest podstawą przygotowania utajnionego wykazu usług zawierał wymogi, aby wykonawcy wykazali się usługami o następujących cechach:

- wartość brutto minimum 150.000 złotych,
- przedmiot: usługi prawnicze, w tym przeprowadzenie zewnętrznej (niezależnej od podmiotu kontrolowanego) kontroli prawidłowości co najmniej 20 postępowań o zamówienie publiczne, objętych ustawą prawo zamówień publicznych.

Według Odwołującego oznacza to, że przedmiotem umów wskazanych w wykazie była zewnętrzna kontrola, której celem było zbadanie poprawności działania podmiotu kontrolowanego, który to prowadził postępowania zgodnie z rygiem ustawy pzp. Oznacza to, że przedmiotem usług wskazywanych w wykazie była kontrola zamawiającego w rozumieniu art. 2 pkt 12 ustawy pzp. To z kolei implikuje fakt, że zlecenie usług tej kontroli musiało również podlegać rygom ustawy pzp. Wymagana wartość takich usług (150.000 zł) potwierdza ten fakt. W konsekwencji należy uznać, że umowy obejmujące usługi kontroli wskazywane w wykazie usług, to umowy ws. zamówienia publicznego, a więc takie, które zgodnie z przywołanym art. 139 ust. 3 ustawy pzp są jawne z mocy prawa. Zamawiający powinien zatem odtajnić wykazu usług w ofercie Kancelarii i umożliwić wgląd Odwołującemu.

Ponadto zdaniem Odwołującego brak jakiegokolwiek odniesienia się przez Wykonawcę do zasadności utajnienia wykazu osób w oświadczeniu ze str. 9 oferty oznacza, że zasadne było również odtajnienie tego wykazu i udostępnienie go Odwołującemu.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie.

Pismem z 7 lipca 2014 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 3 lipca 2014 r. przesłał drogą elektroniczną kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

3 lipca 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło – w formie pisemnej – zgłoszenie przez Kancelarię Adwokacką M. K. w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

15

Sygn. akt KIO 1354/14

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony przez Odwołującego – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp, nie zostały w tym zakresie złożone odmienne wnioski.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowisko, natomiast Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole oraz utrwalone w złożonym na rozprawie piśmie Przystępującego z 15 lipca 2014 r., Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, przeprowadzając dowody z dokumentów w zakresie niezbędnym do rozpoznania zarzutów odwołania: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., oferty Przystępującego, zestawienia ofert sporządzonego przez Zamawiającego, protokołu postępowania oraz protokołu z ustalenia wartości zamówienia.

Izba dopuściła również inne dowody wnioskowane przez Uczestników postępowania odwoławczego, dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej oraz znaczenia dla

rozstrzygnięcia zarzutów zawartych w odwołaniu.

Izba ustaliła uzupełniając w stosunku do odwołania następujące okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania:

Na podstawie treści s.i.w.z. Izba ustaliła, że Zamawiający opis przedmiotu zamówienia zawarł w załączniku nr 1, który zawiera w szczególności następujące postanowienia:

Świadczenie usług doradztwa prawnego z zakresu zamówień publicznych i innych usług prawniczych w związku z realizacją Szwajcarsko-Polskiego Programu Współpracy będzie

16

Sygn. akt KIO 1354/14

dotyczyło w szczególności:

1. Sporządzania ekspertyz i opinii prawnych w zakresie badania prawidłowości przeprowadzonej procedury przetargowej (ex-ante i ex-post) przez beneficjentów lub partnerów (kontrola) w zakresie dotyczącym wystąpienia naruszeń w stosowaniu prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub ustawy PZP oraz ustaleniu i wskazaniu czy stwierdzone naruszenia mogą skutkować nałożeniem korekty finansowej wysokości kwalifikowanych wydatków w ramach kontrolowanego zamówienia. Wyniki kontroli będą dotyczyły następujących elementów:

1.1 Czy zastosowano prawidłowy wybór trybu procedury przetargowej?

1.2 Czy opis przedmiotu zamówienia jest zgodny z postanowieniami ustawy PZP oraz innymi regulacjami prawnymi obowiązującymi w tym zakresie?

1.3 Czy procedurę przetargową przeprowadzono zgodnie z ustawą PZP?

1.4 Czy Umowę z wykonawcą zawarto zgodnie z wymogami ustawy PZP?

1.5 Czy i jakie wystąpiły nieprawidłowości w przeprowadzonym postępowaniu przetargowym lub czy doszło do uchybień podczas jego udzielania?

1.6 Czy stwierdzone naruszenia mogą być przyczyną do uznania, iż zostały spełnione przesłanki ustawy PZP dotyczące nieważności umowy lub skutkują koniecznością unieważnienia postępowania?

1.7 W ramach przedstawionych wyników kontroli w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości, Wykonawca przedstawi szczegółowe uzasadnienie faktyczne i prawne dotyczące stwierdzonej nieprawidłowości, w tym powoła się w uzasadnieniu na wyroki KIO, Sądów Okręgowych, wyroków ETS, stanowisk i opinii Prezesa UZP, komentarze do ustawy PZP, orzecznictwo GKO potwierdzające stwierdzoną nieprawidłowość.

1.8 Kontrola powinna być wykonywana wedle najlepszej wiedzy wykonawcy i powinna zawierać elementy istotne dla podjęcia przez Zamawiającego decyzji, czy stwierdzone nieprawidłowości i uchybienia w prawidłowości procedury przetargowej mogą skutkować odmową refundacji lub koniecznością żądania zwrotu dofinansowania w stosunku do beneficjenta/partnera.

1.9 Podsumowanie opinii powinno zawierać opis stwierdzonych naruszeń w tym zwłaszcza nieprawidłowości zaistniałych podczas udzielania zamówień publicznych w zakresie spełnienia przesłanek ustawy PZP, ważności umowy z wykonawcą lub uzasadnienie konieczności unieważnienia postępowania. W przypadku stwierdzenia naruszeń podczas kontroli udzielania zamówień publicznych Wykonawca proponuje korektę finansową wydatków kwalifikowanych opierając się na „Wytocznych dotyczących określania korekt finansowych dla wydatków współfinansowanych z Funduszy Strukturalnych oraz Funduszu

17

Sygn. akt KIO 1354/14

Spójności w przypadku nieprzestrzegania przepisów dotyczących zamówień publicznych” opublikowanych przez Komisję Europejską 29.11.2007 r. (tzw. COCOF 07/0037/03-PL (Wytoczne są dostępne pod adresem internetowym:

http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/official/guidelines/financial_correction_correction_2007_pl.pdf). Dodatkowo, przy określaniu wysokości korekty finansowej zgodnie z taryfikatorem COCOF Wykonawca weźmie pod uwagę możliwość miarkowania wysokości

korekty i w każdym przypadku, gdy będzie to możliwe zaproponuje poziom takiego miarkowania odpowiednio to uzasadniając.

1.10 W przypadku stwierdzenia braków w przedłożonej dokumentacji przetargowej wykonawca w ramach wynagrodzenia za przedmiotową kontrolę jest zobowiązany wskazać brakujące dokumenty Zamawiającemu w celu skierowania przez Zamawiającego do beneficjenta/partnera pisma o uzupełnienie dokumentów przetargowych. Następnie Wykonawca sprawdzi otrzymane uzupełnienia w dokumentacji przetargowej celem uzyskania kompletnych i ostatecznych wyników kontroli zamówienia publicznego przed jego odebraniem.

W celu udokumentowania przeprowadzenia kontroli zamówień publicznych wraz z opinią z wynikami kontroli oraz ewentualną propozycją korekty finansowej wykonawca przekaze wypełnione odpowiednio listy sprawdzające tj. Listę kontrolną dodatkową do weryfikacji zgodności z obowiązującym Prawem Zamówień Publicznych lub listę sprawdzającą ex-ante które zostaną udostępnione wykonawcy przez Zamawiającego przed udzieleniem pierwszego zlecenia opisanego w punkcie 5.

1.11 Jeżeli okaże się, że na skutek przekazania wyników kontroli zamówienia publicznego do beneficjenta/partnera przedstawi on zastrzeżenia i uwagi (odwołanie) od wyników kontroli Wykonawcy, Wykonawca będzie zobowiązany w ramach wynagrodzenia za kontrolę zamówienia rozpatrzyć to odwołanie i przekazać swoje ostateczne stanowisko, w którym wskaże jakie elementy odwołania zostały uznane, a które zostały odrzucone (szczegółowy opis co powinno zawierać uzasadnienie znajduje się w pkt 1.7). Wykonawca, przekaze do Zamawiającego odpowiednie uzasadnienie ostatecznego wyniku kontroli wraz ze zmodyfikowanym wynikiem kontroli (o ile dotyczy), zawierającym uznane/nieuznane argumenty beneficjenta/partnera.

1.12 Wykonawca dochowa wszelkich starań aby wyniki oraz wnioski z kolejnych kontroli zamówień publicznych były ze sobą spójne, w szczególności gdy Wykonawca stwierdzi uchybienie i zaproponuje korektę finansową. Ponadto Wykonawca podczas sporządzania wniosków z przeprowadzonych kontroli uwzględni, udostępnione przez Zamawiającego wyniki kontroli, wykonane w ramach Szwajcarsko-Polskiego Programu Współpracy przez

18

Sygn. akt KIO 1354/14

inne podmioty.

1.13 Odbiór wyników kontroli zamówień publicznych będzie następował po dokonaniu wszystkich czynności kontrolnych przez Wykonawcę zgodnie z punktem 1.1 – 1.12 tj. po dokonaniu ostatniej czynności czyli po rozpatrzeniu odwołaniu beneficjenta/partnera lub upływie okresu na jego wniesienie oraz po weryfikacji wyników kontroli przez Zamawiającego w zakresie określonym w protokole odbioru zakończonym podpisaniem tego protokołu.

1.14 Zamawiający w celu zapewnienia ścieżki audytu potwierdzi poprawność i zasadność naliczonych korekt w każdym postępowaniu kontrolowanym przez Wykonawcę poprzez podpisanie protokołu odbioru zlecenia pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. W przypadku stwierdzenia uchybień, błędów lub nieścisłości w wynikach kontroli Wykonawca ma obowiązek odnieść się do zastrzeżeń Zamawiającego i odpowiednio uzupełnić/poprawić wyniki kontroli w wyznaczonym terminie a w jego braku w ciągu 5 dni od ich otrzymania.

1.15 W przypadku dokonywania kontroli ex-post postępowania o zamówienie publiczne, które było wcześniej przedmiotem kontroli ex-ante dokonanej przez Wykonawcę lub inny podmiot, Wykonawca jest zobowiązany do uwzględnienia wyników przeprowadzonej wcześniej kontroli ex-ante oraz do zapewnienia, że zakres niezbędnych czynności sprawdzających przeprowadzanych przez Wykonawcę w ramach kontroli ex-post nie będzie dublował wykonanych wcześniej czynności przeprowadzonych przez podmiot kontrolujący dane postępowanie w trybie kontroli ex-ante.

2. Na życzenie Zamawiającego Wykonawca będzie także zobowiązany do sporządzenia opinii prawnych w zakresie innym niż wskazany powyżej zakres badania prawidłowości przeprowadzonej procedury przetargowej (ex-ante i ex-post) przez beneficjentów lub partnerów, związanych z realizacją umów o dofinansowanie, projektów, działań podejmowanych w zakresie Szwajcarsko-Polskiego Programu Współpracy. W takim przypadku Zamawiający wspólnie z Wykonawcą ustalą szczegóły dotyczące sporządzenia przedmiotowej opinii prawnej. Autorem lub współautorem pisemnej analizy, ekspertyzy lub

opinii prawnej musi być osoba posiadająca uprawnienia radcy prawnego/adwokata w rozumieniu ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. 1982 nr 19 poz. 145 z późn. zm.) lub adwokata, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 maja 1982 r. o adwokaturze (Dz.U. 1982 nr 16 poz. 124 z późn. zm.). Za autora lub współautora analizy, ekspertyzy, opinii prawnej, uznaje się osobę, która złożyła podpis na ostatecznej wersji analizy, ekspertyzy, opinii.

3. Wykonawca będzie również zobowiązany do świadczenia usług w zakresie badania zamówień o wartości powyżej kwoty wynikającej z art. 4 pkt 8 ustawy PZP udzielanych przez podmioty, które nie są zobowiązane do stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku –

19

Sygn. akt KIO 1354/14

Prawo zamówień publicznych. Badanie będzie polegało na sprawdzeniu zgodności procesu udzielania tych zamówień z wymogami określonymi w dokumencie pt. „Wytyczne Ministra Rozwoju Regionalnego w zakresie udzielania zamówień w ramach Szwajcarsko-Polskiego Programu Współpracy, do których nie ma zastosowania ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych”.

4. Wykonawca podczas przeprowadzania kontroli uwzględni:

- a) wzór umowy o dofinansowanie,
- b) Memorandum Of Understanding,
- c) Umowę Ramową pomiędzy Rządem RP a Szwajcarską Radą Federalną wraz z aneksami w tym zwłaszcza z aneksem nr 2,
- d) Wytyczne Ministra Rozwoju Regionalnego w zakresie udzielania zamówień w ramach Szwajcarsko-Polskiego Programu Współpracy, do których nie ma zastosowania ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych. Wszystkie dokumenty wymienione w lit a) - d) zostaną przekazane Wykonawcy w ciągu 3 dni od dni podpisania umowy.

Niezależnie od podanego w pkt. 1 – 3 szczegółowego zakresu świadczenia usług prawniczych Zamawiający zastrzega sobie możliwość zlecenia innych usług prawniczych w szczególności występowanie przed sądami powszechnymi, w tym przed Sądem Okręgowym, administracyjnymi, a także Krajową Izbą Odwoławczą w ramach zamówień udzielanych przez Zamawiającego. W takich przypadkach przed zleceniem takich usług będzie musiała zostać przeprowadzona konsultacja z Wykonawcą w celu ustalenia możliwości i sposobu zlecenia i wykonania tego typu usług prawniczych.

5. Usługi prawnicze w ramach umowy na realizację niniejszego zamówienia publicznego będą każdorazowo zlecane pisemnie przez Zamawiającego po uprzednim uzgodnieniu zakresu Zlecenia z Wykonawcą. Uzgodnienie będzie obejmowało dokładny zakres usługi prawniczej, liczbę ekspertów proponowanych do realizacji Zlecenia, czas potrzebny na realizację Zlecenia, zasady współpracy i ewentualnego udostępnienia przez Zamawiającego Wykonawcy dokumentów niezbędnych do realizacji zlecenia, miejsce wykonania Zlecenia, termin odbioru przez Zamawiającego wyników realizacji Zlecenia oraz inne ustalenia związane z realizacją Zlecenia. Wyniki uzgodnień zostaną przesłane faksem lub innymi środkami komunikacji elektronicznej, a następnie potwierdzone podpisem własnoręcznym lub elektronicznym przez osoby wskazane przez Wykonawcę i Zamawiającego w umowie. Zamawiający zastrzega, iż rozliczeniu będą podlegały jedynie Zlecenia zrealizowane na warunkach określonych w podpisanych Zleceniach przez Zamawiającego. Wszelkie działania podjęte przez Wykonawcę wykraczające poza warunki

20

Sygn. akt KIO 1354/14

Zleceń nie będą podlegały rozliczeniu w ramach umowy. Wykonawca wykona Zlecenie na warunkach i w terminie w nim określonym. Zamawiający może zmienić treść Zlecenia za pisemną zgodą Wykonawcy.

(...)

7. W ramach wynagrodzenia za realizację usługi polegającej na kontroli zamówienia publicznego lub sporządzenia opinii dotyczącej takiego zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest do odebrania z siedziby Zamawiającego (ul. Syreny 23, 01-150

Warszawa), a następnie zwrot do tejże siedziby Zamawiającego na własny koszt dokumentacji zawierającej komplet dokumentów przetargowych w sposób zapewniający poufność i bezpieczeństwo transportu dokumentacji.

8. Wykonawca ma obowiązek przestrzegania, aby osoby wykonujące zadania w ramach przedmiotowego zamówienia posiadały odpowiednie kwalifikacje i uprawnienia, w szczególności dotyczy to radcy prawnego lub adwokata w zakresie takich czynności jak sporządzanie i podpisywanie opinii prawnych czy też występowanie przed sądami powszechnymi, w tym przed Sądem Okręgowym w zakresie skargi na orzeczenie KIO w ramach zamówień udzielanych przez Zamawiającego.

(...)

Na mocy §1 ust. 3 istotnych postanowień umowy, stanowiących załącznik nr 2 do s.i.w.z., załącznik nr 1 do s.i.w.z. jest załącznikiem nr 2 do umowy.

Zgodnie z rozdziałem 3 s.i.w.z. wykonawca jest zobowiązany wykonywać zamówienie w terminie od dnia zawarcia umowy do 15 grudnia 2014 r. albo do wyczerpania środków na sfinansowanie realizacji zamówienia, w zależności od tego, które z tych zdarzeń nastąpi wcześniej, termin wykonania zamówienia określono jako 24 miesiące od zawarcia umowy.

Wartość udzielanego zamówienia została ustalona w oparciu o średnie wartości wynikające z poprzednio zawartych i zrealizowanych umów, których przedmiotem było świadczenie usług prawnych na zlecenie Zamawiającego: ZP/03/2014 z 14 stycznia 2014 r., ZP/17/2013 z 2 lipca 2013 r., ZP/19/2012 z 18 września 2012 r. i ZP/04/2011. Spośród pięciu typów usług objętych przedmiotem zamówienia we wszystkich tych umowach występowała kontrola ex-post postępowania o udzielenie zamówienia, względem którego nie była przeprowadzana kontrola ex-ante oraz świadczenie doradztwa prawnego. Wyliczona dla nich, w oparciu o uśrednioną cenę jednostkową z czterech powyższych umów, szacunkowa cena jednostkowa brutto wyniosła odpowiednio 1.775,00 zł dla jednej kontroli oraz 219,59 zł dla 1 godziny doradztwa prawnego. Natomiast dla pozostałych rodzajów kontroli przyjęto następujące założenia. Dla kontroli ex-ante postępowania oraz kontroli ex-post

21

Sygn. akt KIO 1354/14

postępowania, względem którego była przeprowadzona kontrola ex-ante – przyjęto kwotę trzykrotnie niższą niż powyżej wskazana cena jednostkowa kontroli ex-post postępowania, w którym nie była przeprowadzana kontrola ex-ante, czyli 591,67 zł brutto za jedną kontrolę. W szczególności dla oszacowania kosztu przeprowadzenia kontroli ex-ante Zamawiający nie brał pod uwagę, że w umowie ZP/03/2014 cena jednostkowa za jej przeprowadzenie wyniosła 1.850,00 zł brutto.

W postępowaniu oferty złożyło siedmiu wykonawców: 1) Kancelaria Adwokacka M. K. , 2) Centrum Obsługi Zamówień Publicznych sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej w skrócie: „COZP sp. z o.o.”}, 3) Centrum Doradztwa i Szkoleń Prawa Zamówień Publicznych s.c. R. K. , B. G. z Warszawy {dalej w skrócie: „CDiSPZP s.c.”}, 4) 4pi sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 5) Grupa Doradcza Sienna sp. z o.o., 6) Kancelaria Radcy Prawnego J. L. z Łańcuta {dalej w skrócie: „Kancelaria J. L. ”}, 7) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: M. i Wspólnicy Adwokaci i Radcowie Prawni sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, W. M. Kancelaria Radcy Prawnego z Krakowa {dalej w skrócie: „Konsorcjum M.”}.

Zgodnie z treścią formularza oferty, każdy z wykonawców miał zaoferować *dostawę przedmiotu zamówienia opisanego w Rozdziale II – Opis Przedmiotu Zamówienia, na warunkach i w zakresie określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wg następujących cen (w zł brutto):*

1.1 Koszt przeprowadzenia kontroli ex-ante jednego zamówienia publicznego.

1.2 Koszt przeprowadzenia 20 kontroli ex-ante zamówień publicznych.

2.1 Koszt przeprowadzenia kontroli ex-post jednego zamówienia publicznego, względem którego była przeprowadzona kontrola ex-ante.

2.2 Koszt przeprowadzenia 20 kontroli ex-post jednego zamówienia publicznego, względem którego była przeprowadzona kontrola ex-ante.

3.1. Koszt przeprowadzenia kontroli ex-post jednego zamówienia publicznego.

- 3.2 Koszt przeprowadzenia 88 kontroli ex-post zamówień publicznych.
 4.1 Koszt jednej godziny świadczenia doradztwa prawnego.
 4.2 Koszt 60 godzin świadczenia doradztwa prawnego.
 5.1 Koszt przeprowadzenia badania jednego zamówienia o wartości powyżej kwoty wynikającej z art. 4 pkt 8 ustawy PZP udzielanego przez podmioty, które nie są zobowiązane do stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych.
 5.2 Koszt przeprowadzenia badań 16 zamówień o wartości powyżej kwoty wynikającej z art.

22

Sygn. akt KIO 1354/14

4 pkt 8 ustawy PZP udzielanych przez podmioty, które nie są zobowiązane do stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych.
 Cena całkowita brutto miała wynikać z sumowania pozycji 1.2, 2.2, 3.2, 4.2 i 5.2.

Poniższa tabela zawiera dane wynikające z *Protokołu z ustalenia wartości zamówienia* – kalkulacji (wyceny) wartości szacunkowej zamówienia z 26 marca 2014 r. {stanowiącej załącznik nr 2 do wniosku o przeprowadzenie postępowania z 3 kwietnia 2014 r.}, formularza oferty z oferty Przystępującego, *Zestawienia ofert* sporządzonego przez Zamawiającego po otwarciu ofert, którego adekwatność nie była kwestionowana w toku postępowania odwoławczego oraz protokołu postępowania {w zakresie łącznych cen ofert} – wszystkie ceny brutto w zł.

Ustalenie wartości Licz Kancelaria CDiSPZP Kancelaria 4pi sp. z COZP sp. Konsorcjum
 Usługi Sienna szacunko ba* M. K. s.c. J. L. o.o. z o.o. M.

wej	
591,67 1.1 1 615,00 738,00 565,80 982,00 1000,00 1230,00 2091,00 11833,33 1.2 20 12300,00 14760,00 11316,00	
19640,00 20000,00 24600,00 41820,00	
591,67 2.1 1 615,00 738,00 393,60 1180,00 1500,00 984,00 2091,00 11833,33 2.2 20 12300,00 14760,00 7872,00	
23600,00 30000,00 19680,00 41820,00	
1775,00 3.1 1 615,00 1230,00 910,20 1270,00 1300,00 1476,00 3972,90 156256,00 3.2 88 54120,00 108240,00	
80097,60 111760,00 114400,00 129888,00 349615,20	
219,59 4.1 1 135,30 110,70 393,60 140,00 140,00 147,60 209,10 13175,55 4.2 60 8118,00 6642,00 23616,00 8400,00	
8400,00 8856,00 12546,00	
400,00 5.1 1 615,00 738,00 3923,70 950,00 1000,00 984,00 1463,70 6400,00 5.2 16 9840,00 11808,00 62779,20	
15200,00 16000,00 15744,00 23419,20	
199498,22 Suma 96678,00 156210,00 185680,80 178600,00 188800,00 198768,00 469220,40	

* kontroli lub godzin doradztwa

Oferta Kancelarii M. K. zawiera w szczególności wypełniony powyżej opisanymi kwotami formularz oferty {str. 1 -2 dokumentów oferty}. Wykonawca oświadczył również, że następujące części zamówienia zamierza powierzyć do realizacji przez podwykonawcę: *kontrole zewnętrzne ex-post i ex-ante, badania o których mowa w pkt. 5.1 i 5.2 powyżej niniejszej oferty*

Oferta zawiera również {str. 9 dokumentów oferty} oświadczenie Kancelarii M. K. z 15 maja 2014 r., iż dokumenty załączone do niniejszej oferty, tj. wykaz wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz wykaz osób, które będą

23

Sygn. akt KIO 1354/14

uczestniczyć w wykonywaniu przedmiotu zamówienia (co najmniej w zakresie przedmiotu usług oraz odbiorców usług) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, a ponadto w ocenie Wykonawcy – również odbiorców usług. W związku z powyższym wnoszę o zachowanie ich w poufności, w tym w szczególności nie udostępniania innym podmiotom czy instytucjom.

Wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia {str. 11 - 21 dokumentów oferty} został sporządzony na wzorze stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ, który wymagał wpisania w

przygotowanej w tym celu tabeli informacji w następującym zakresie: po pierwsze – *Osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, podstawa dysponowania osobą przez wykonawcę*; po drugie – *Wykształcenie i kwalifikacje zawodowe*; po trzecie – *Doświadczenie ze wskazaniem szczegółów skontrolowanych postępowań (nazwa zamawiającego, nazwa postępowania, podmiot zlecający kontrolę)*.

W wykazie wpisano z imienia i nazwiska 8 osób, w tym trzech adwokatów (w tym M. a K. a, którego status został określony jako wykonawca), jednego radcę prawnego oraz czterech aplikantów adwokackich lub radcowskich, dla których podano wykształcenie i nr wpisu. Opisane dla każdej z tych osób doświadczenie dotyczy kontroli przeprowadzonych dla jednego dwóch zamawiających – jednostek samorządu terytorialnego, którzy jednocześnie byli podmiotami zlecającymi kontrolę. W ramach opisu doświadczenia podano datę wszczęcia oraz nazwy skontrolowanych postępowań o udzielenie zamówień publicznych, których było odpowiednio 12 i 14. Dodatkowo dla jednego z adwokatów podano, że jest on autorem ponad ośmiu opinii dla tego samego zamawiającego, który zamawiał i zlecał kontrole, po czym wyszczególniono nazwy opinii prawnych, z których każda rozpoczyna się od frazy *Opinia prawna w przedmiocie zgodności z przepisami ustawy prawa zamówień publicznych projektu umowy na...*, po czym dookreślono zwięźle czego dotyczy dana umowa.

Wykaz usług, które wykonawca wykonał należycie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje należycie {str. 22 - 25 dokumentów oferty} został sporządzony na wzorze stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ, który wymagał wpisania w przygotowanej w tym celu tabeli następujących informacji w następującym zakresie: po pierwsze – *Przedmiot usługi i nazwa podmiotu, dla którego usługę świadczone, termin wykonania, informacje na temat przeprowadzonej kontroli (nazwa zamawiającego, nazwa postępowania i data wszczęcia postępowania)*; po trzecie – *Wartość usługi brutto*.

W wykazie ujęto dwa zamówienia jako przedmiot usługi wpisano obsługę prawną w tych samych co w wykazie osób jednostek samorządu terytorialnego i ich jednostek

24

Sygn. akt KIO 1354/14

organizacyjnych [w tym przeprowadzenie zewnętrznej (niezależnej od podmiotu kontrolowanego) kontroli prawidłowości co najmniej 20 postępowań o zamówienie publiczne, objętych ustawą prawo zamówień publicznych], określono termin wykonania, zaznaczając, że usługi są nadal świadczone, po czym wyszczególniono przeprowadzone kontrole postępowań o udzielenie zamówień publicznych wedle schematu: (pierwsza kolumna) liczba porządkowa, (druga kolumna) data wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, (trzecia kolumna) nazwa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; w przypadku obu zamówień lista kontroli zawiera się w lit. a do t. W obu przypadkach podano, że *wartość wykonanej usług od dnia rozpoczęcia jej świadczenia do dnia 15.05.2014 roku – ponad 150000 (sto pięćdziesiąt tysięcy) zł brutto*.

Do wykazu usług zostały załączone dwa, niemal jednobrzmiące, listy referencyjne, odpowiednio z 15 i 16 maja 2014 r., w których osoby w imieniu jednostek samorządu terytorialnego informują, że od określonej {w tych pismach} daty *do chwili obecnej Kancelaria Adwokacka M. K. zapewnia zarówno obsługę prawną jak i zastępstwo procesowe* {tych jednostek samorządu terytorialnego} oraz ich jednostek organizacyjnych {wymienionych w piśmie}. *Kancelaria Adwokacka M. K. wywiązuje się ze swoich obowiązków w sposób rzetelny i fachowy. Przebieg dotychczasowej współpracy pozwala mi polecić Kancelarię Adwokacką M. K. jako partnera profesjonalnie i solidnie wywiązującego się ze swoich zobowiązań wynikających z zawartej umowy oraz traktującego w sposób należyty swoje zobowiązania wobec Klienta*.

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odtajnienia informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa, a także wyjaśnienia ceny zawartych w ofercie Kancelarii M. K. .

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby

Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę, która w rankingu ofert, które nie zostały odrzucone uplasowała się na drugiej pozycji w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert. Wobec tego Odwołujący, który kwestionuje zaniechanie odrzucenia wybranej oferty, wykazał tym samym, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż pozbawiony został w ten sposób możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego,

25

Sygn. akt KIO 1354/14

na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

I. {zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny}

Izba uznała za niezasadny zgłoszony na rozprawie przez Przystępującego, a ostatecznie poparty przez Zamawiającego, wniosek o nierozpoznawanie zarzutu odwołania dotyczącego zaniechania wezwania do wyjaśnień ceny oferty w trybie art. 90 ust. 1 pzp z uwagi na podniesienie go z przekroczeniem terminu z art. 182 ust. 3 pzp, gdyż *Odwołujący w ramach należytej staranności powinien już od dnia otwarcia ofert podejmować czynności mające na celu wyjaśnienie, czy zaskarżone czynności miały miejsce. W konsekwencji przy takiej należytej staranności Odwołujący powinien uzyskać wiedzę o (...) rzekomo rażącej cenie już w chwili otwarcia ofert w postępowaniu, tj. w dniu 19 maja 2014 roku. (...) Wynika to z faktu, że o zaskarżonych czynnościach, w szczególności (...) zaniechania wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Zamawiający nie ma obowiązku przesyłania informacji Wykonawcom.* {zacytowane zdania pochodzą ze złożonego na rozprawie pisma Przystępującego z 15 lipca 2014 r.}

Izba zważyła, że powyższy wniosek nie znajduje oparcia w przepisach ustawy pzp, które nie nakładają na wykonawców obowiązku, ani nie przewidują dla nich uprawnienia domagania się od zamawiającego, aby prowadził badanie ofert w określony sposób. Oczywiście w praktyce wykonawcy nierzadko zgłaszają w tym zakresie określone postulaty, jednak zamawiający samodzielnie decyduje, czy weźmie je pod uwagę w toku prowadzonych czynności. W szczególności wykonawcy – co do zasady – nie mogą skutecznie domagać się, aby zamawiający w toku badania ofert dokonywał względem innych wykonawców czynności wzywania do: uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów (w trybie art. 26 pzp, odpowiednio ust. 3 i 4), wyjaśnienia treści oferty (w trybie art. 87 ust. 1 pzp) czy wyjaśnienia ceny oferty (w trybie art. 90 ust. 1 pzp), stanowiących czynności pośrednie w stosunku do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia wykonawcy z postępowania czy odrzucenia oferty. Nawet wykonawca, który uważa, że względem jego oferty takie czynności pośrednie powinny być przedsięwzięte, naraża się na oddalenie odwołania z powodu jego przedwczesności, gdy zamawiający powoła się na to, że nie zakończył jeszcze badania i oceny ofert. Odróżnić od tej sytuacji należy możliwość wniesienia odwołania przez wykonawcę-adresata tych czynności, który będzie dążył do uchylecia takiego wezwania, gdyż przeważnie będzie on w stanie wykazać, że ma legitymację do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp. Ostatecznie rezultaty badania i oceny ofert muszą zawsze znaleźć odzwierciedlenie w przesyłanym wykonawcom zawiadomieniu, w którym – zgodnie

26

Sygn. akt KIO 1354/14

z art. 92 ust. 1 pzp – zamawiający ma obowiązek poinformować nie tylko o wyborze najkorzystniejszej oferty, w tym również o rankingu ocenionych ofert, ale również o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania lub których oferty zostały odrzucone – z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego tych czynności. Zgodnie z art. 180 ust. 1 pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy pzp czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy pzp. Wobec tego zarówno wobec czynności odrzucenia oferty, jak i wobec zaniechania takiej czynności odwołanie można wnieść dopiero z chwilą, gdy zamawiający zakończył badanie i ocenę ofert i – co do zasady – uzewnętrznili jej rezultaty wykonawcom, którzy złożyli oferty. W razie

przesłania zawiadomienia, o którym mowa w art. 92 ust. 1 pzp, od tej chwili – zgodnie z art. 182 ust. 1 pzp – biegnie termin na wniesienie odwołania zarówno od odrzucenia oferty, jak i od zaniechania dokonania takiej czynności przez zamawiającego.

Zamawiający 23 czerwca 2014 r. przesłał Odwołującemu zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego, a tym samym zawiadomił, że nie widzi podstaw do wzywania Przystępującego do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp, ani do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp jako zawierającej rażąco niską cenę. Wobec tego Odwołujący wnosząc 2 lipca 2014 r. odwołanie od tych zaniechań Zamawiającego, dochował 10-dniowego terminu z art. 182 ust. 1 pkt 1 pzp, który znajduje w tym przypadku zastosowanie.

Na marginesie Izba zauważa, że żaden z wyroków, których fragmenty uzasadnień zacytował Przystępujący w swoim piśmie nie dotyczył kwestii wnoszenia odwołania od zaniechania przez zamawiającego wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp. W przekonaniu składu orzekającego Izby stanowisko Przystępującego o konieczności liczenia terminu na wniesienia odwołania od zaniechania takiej czynności od chwili otwarcia ofert, nie znajduje w ogóle oparcia w dorobku doktryny czy orzecznictwa z dziedziny zamówień publicznych.

Odwołujący, niejako antycypując wniosek Przystępującego o nierozpatrywanie części zarzutów, wniósł odwołanie zarówno od zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp, jak i od zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp. W szczególności w uzasadnieniu odwołania te same okoliczności zostały uznane za przesądzające jednocześnie o obowiązku Zamawiającego zarówno wezwania Przystępującego do wyjaśnienia w celu ustalenia, czy zaoferowana cena jest rażąco niska, jak i odrzucenia złożonej przez niego oferty jako zawierającej rażąco niską

27

Sygn. akt KIO 1354/14

cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Gdyby – zgodnie z logiką wniosku Przystępującego – rozpatrzeniu przez Izbę podlegał wyłącznie zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, w rzeczywistości nie mógłby być on należycie rozpoznany, gdyż nie można odrzucić z takiego powodu oferty bez uprzedniego umożliwienia wykonawcy złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Tymczasem z tego powodu, że nie sposób z góry przesądzać jaki będzie rezultat takiej czynności, spośród zarzutów odwołania dotyczących ceny rozpoznaniu podlega wyłącznie zarzut zaniechania przez Zamawiającego wezwania Kancelarii M. K. do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp. O ile zatem wniosek Przystępującego o nierozpatrywanie zarzutu zaniechania wezwania go do złożenia wyjaśnień w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp jest niezasadny, o tyle zwarty w Odwołaniu zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp jest przedwczesny, a w konsekwencji to on nie podlega rozpoznaniu w tym postępowaniu odwoławczym. Warto przy tym zauważyć, że choć na wstępie odwołania wymieniono wśród naruszonych przez Zamawiającego przepisów również art. 90 ust. 2 i 3 pzp, uzasadnienie nie zawiera i obiektywnie nie mogło zawierać żadnych okoliczności dotyczących naruszenia tych przepisów, gdyż skoro nie było wezwania w trybie art. 90 ust. 1 pzp, nie było również wyjaśnień Przystępującego, których ocena przez pryzmat obiektywnych czynników mogłaby potwierdzać, że oferta zawiera rażąco niską cenę dokonana niewłaściwie, ani nie doszło do odmowy przez Przystępującego złożenia takich wyjaśnień.

W odwołaniu obszernie przywołano ze wszech miar słuszne wypowiedzi doktryny i orzecznictwa – przede wszystkim co do rozumienia pojęcia *rażąco niskiej ceny*, ale i na temat kryteriów, którymi zamawiający powinien się kierować przy ustaleniu, czy zachodzi podejrzenie złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę. W szczególności rzeczywiście w orzecznictwie i doktrynie wskazuje się na zasadność wszczęcia procedury wyjaśniającej cenę oferty jeżeli odbiega ona o 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia. W ocenie składu orzekającego Izby są to generalne wskazówki dotyczące stosowania art. 90 ust. 1 pzp, wprost niewynikające z tego ani innych przepisów dotyczących zamówień publicznych, które nie muszą być adekwatne w okolicznościach każdego konkretnego przypadku. Zostało to dostrzeżone

w orzecznictwie Izby, w szczególności w wyroku z 28 kwietnia 2011 r. (sygn. akt 814/11) zauważono, że: *Ustalenie jakichkolwiek sztywnych wskaźników nie jest [na gruncie art. 90 ust. 1 Pzp] możliwe i dopuszczalne (...). Brak wskazania przez ustawodawcę tychże wskaźników ma chronić przed wszelkim automatyzmem i bezrefleksyjnym („na wszelki*

28

Sygn. akt KIO 1354/14

wypadek”, czy „z ostrożności) wdrażaniem postępowania wyjaśniającego w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Analogiczne stanowisko pojawia się również w orzecznictwie sądów okręgowych: *Przepis art. 90 ust. 1 Pzp upoważnia zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej, jeżeli poweźmie uzasadnione wątpliwości dotyczące ceny oferty. Przyjęcie zatem wyłącznie arytmetycznego kryterium i automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie jest niedopuszczalne. Zainicjowanie procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 Pzp pozostawione zostało zamawiającemu. Podkreślić należy, iż wymieniony przepis nie nakłada żadnych warunków, kiedy to postępowanie należy wdrożyć. Zamawiający zatem nie ma obowiązku wdrożenia postępowania sprawdzającego w każdym przypadku. Nie można podzielić zarzutów skargi, że obowiązek wykazania, iż cena oferty jest rażąco zaniżona nałożony jest na zamawiającego co wynika z art. 90 ustawy Pzp. (...) Jeżeli zamawiający nie poweźmie wątpliwości co do tego czy cena oferty jest rażąco zaniżona to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe w tym art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.* {wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 14 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX Ga 230/10}.

W ocenie składu orzekającego Izby w rozstrzyganej sprawie Odwołujący wykazał jednak, do czego zobowiązywał go również art. 190 ust. 1 pzp, że cena oferty Przystępującego jest zaniżona w takim stopniu w stosunku do wartości oszacowanej przez Zamawiającego i ceny innych ofert, że rodzi to konieczność wezwania Kancelarii M. K. do złożenia wyjaśnień w celu stwierdzenia, czy nie jest ona rażąco zaniżona w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem składu orzekającego Izby powyżej ustalone okoliczności faktyczne rozpoznawanej sprawy wskazują na to, że Zamawiający winien powziąć wątpliwości, czy cena oferty Przystępującego nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż do takiego wniosku powinno go doprowadzić zestawienie tej ceny z kwotą własnego oszacowania wartości zamówienia, jak i z cenami pozostałych ofert, które są na zbliżonym do siebie poziomie, który z kolei jest nieznacznie niższy od wartości szacunkowej zamówienia (brutto).

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia złożono 7 ofert, co daje reprezentatywny obraz jak rynek profesjonalnych wykonawców wycenia realizację specjalistycznych usług prawniczych objętych przedmiotem zamówienia. Zestawienie cen złożonych ofert prowadzi do wniosku, że pięć spośród nich jest na dość zbliżonym poziomie, kształtującym się w przedziale od 156.210,00 zł do 198.768,00 zł, przy czym cztery oferty są na bardzo zbliżonym poziomie, gdyż wtedy dolna granica ulega podwyższeniu do 178.600,00 zł. Średnia z ofert z powyżej zaznaczonych przedziałów wynosi odpowiednio: dla 5 ofert – 181.611,76 zł, a dla 4 ofert – 187.962,20. Natomiast dwie oferty – najtańsza

29

Sygn. akt KIO 1354/14

i najdroższa wyraźnie odstają od poziomu cen pozostałych ofert, gdyż wynoszą odpowiednio 96.678,00 zł oraz 469.220,40 zł. O ile zatem cena oferty Konsorcjum M. jawi się jako rażąco zawyżona w stosunku do średniego poziomu cen, o tyle z tego samego punktu widzenia cena oferty Kancelarii M. K. jest wyraźnie zaniżona.

Według zaprezentowanego na rozprawie stanowiska Zamawiającego konkretną podstawą braku powzięcia przez niego wątpliwości co do ceny oferty Przystępującego było stwierdzenie, że w żadnym z pięciu rodzajów usług (4 typy kontroli i doradztwo prawne) objętych przedmiotem zamówienia nie zaoferował on najniższej ceny. W ocenie Zamawiającego to właśnie analiza cen jednostkowych zaoferowanych w postępowaniu ma znaczenie przy ocenie realności wykonania przedmiotu zamówienia. Abstrahując od oceny trafności takiej argumentacji co do zasady, w ocenie składu orzekającego Izby została ona podniesiona *ad hoc* na rozprawie, gdyż nie odpowiada rzeczywistości, którą sam

Zamawiający odzwierciedlił w sporządzonym uprzednio przez siebie zestawieniu ofert. Dokument w wersji sporządzonej po otwarciu ofert zawierał zestawienie zarówno cen całkowitych ofert, wartości za poszczególne rodzaje usług, jak i cen jednostkowych za te usługi. Nawet jednak z przygotowanego przez Zamawiającego specjalnie na potrzeby postępowania odwoławczego wyciągu, który obejmuje wyłącznie zestawieni cen jednostkowych, wynika, że argumentacja Zamawiającego jest bezprzedmiotowa. Co prawda, w przypadku 3 rodzajów usług można znaleźć w innej ofercie cenę jednostkową niższą niż w ofercie Przystępującego, jednak dla 2 rodzajów usług to Przystępujący zaoferował najniższą cenę jednostkową. Przy czym, co wynika już tylko z pełnej wersji zestawienia, miało to kluczowe znaczenie dla ceny całej oferty, gdyż dotyczyło wyceny przeprowadzenia kontroli ex-post zamówienia publicznego, dla którego nie była uprzednio prowadzona kontrola ex-ante, co odpowiada za ponad połowę ceny każdej z ofert, w tym oferty Przystępującego, z wyjątkiem jednej oferty {gdzie jednak ten rodzaj usługi został wyceniony na znacznie wyższym poziomie niż w ofercie Przystępującego}. Wiąże się to z tym, że ten rodzaj usługi stanowi zasadniczą pod względem ilościowym usługę (88 kontroli w stosunku do 56 kontroli w ramach trzech pozostałych typów kontroli), która ma być świadczona na rzecz Zamawiającego po udzieleniu zamówienia (doradztwo w liczbie 60 godzin jest najmniej znaczącą wartościowo usługą w każdej z ofert, z wyjątkiem oferty Kancelarii J. L.).

W tym miejscu należy odnotować, że wobec argumentu Zamawiającego, że jedna godzina doradztwa prawnego została wyceniona w ofercie Siennej zaledwie o 4,70 zł niżej niż w ofercie Kancelarii M. K. (140 zł do 135,30 zł), Odwołujący *de facto* wycofał się z popierania argumentacji odwołania o zaniżeniu stawki i wyceny doradztwa w ofercie Przystępującego, modyfikując swoje stanowisko w ten sposób, że poziom tej stawki

30

Sygn. akt KIO 1354/14

uniemożliwia zrekompensowanie zaniżenia stawek i wartości za przeprowadzenie kontroli.

Również kryterium wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego prowadzi do wniosku, że cena oferty Przystępującego powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego na etapie badania ofert. Po pierwsze – poziom cen ofert wyznaczony w powyżej opisany sposób świadczy o relatywnie dużej adekwatności oszacowania przez Zamawiającego wartości zamówienia na poziomie 199.498,22 zł, gdyż średnia z 5 lub 4 najbardziej zbliżonych cen ofert stanowi odpowiednio 89,52% i 91% tej wartości. Natomiast cena oferty Kancelarii M. K. stanowi zaledwie 48,5% wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego. Wobec tego cena oferty Przystępującego jest dwa razy niższa od wartości oszacowanej przez Zamawiającego, podczas gdy poziom cen pozostałych ofert odbiega od tego oszacowania nieznacznie w przypadku 4 ofert, a w przypadku jednej, choć już wyraźnie, to i tak cena tej oferty {156.210,00 zł} jest o ponad 50% wyższa niż cena oferty Przystępującego.

Przed wszystkim jednak również inne okoliczności świadczą o tym, że wartość zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego z należytą starannością. Przyjęte w tej wycenie założenia świadczą o tym, że Zamawiający wziął pod uwagę nie tylko średnie wartości wynikające z poprzednio zawartych umów, ale również kierował się swoją wiedzą i doświadczeniem co do kosztów realizacji poszczególnych typów kontroli objętych przedmiotem zamówienia. Punktem wyjścia była wycena kosztu przeprowadzenia kontroli ex-post postępowania zamówieniowego, które nie było uprzednio przedmiotem kontroli ex-ante. W tym zakresie Zamawiający wziął pod uwagę ceny wynikające z dotychczas udzielonych zamówień na przestrzeni lat 2011-2014, z których wyciągnął średnią, co dało cenę jednostkową 1.775,00 zł i wartość 156.256,00 zł dla 88 przewidywanych kontroli tego typu. Następnie, co trudno uznać za przypadek, Zamawiający uznał, że dla dwóch typów kontroli – ex-ante postępowania zamówieniowego oraz ex-post postępowania zamówieniowego, dla którego była przeprowadzona kontrola ex-ante – koszt ich przeprowadzenia należy wycenić na poziomie trzykrotnie niższym, czyli jednostkowo na kwotę po 591,67 zł (co dało wartości po 11.833,33 zł dla 20 kontroli przewidywanych dla każdego z tych typów kontroli). Z kolei koszt przeprowadzenia kontroli-badania zamówienia udzielanego przez podmioty niezobowiązane do stosowania ustawy pzp – na poziomie niższym niż kontrola ex-ante (cena jednostkowa 400,00 zł i wartość 6.400,00 zł dla 16 założonych kontroli tego typu).

Zamawiający nie podał w opisie przedmiotu zamówienia przewidywanej liczby godzin, która średnio będzie potrzebna dla przeprowadzenia poszczególnych typów kontroli. W kwestii tej rozgorzał spór na rozprawie, gdyż w opozycji do twierdzeń Odwołującego,

31

Sygn. akt KIO 1354/14

że średnio jedna kontrola zajmuje średnio 10, 12, a nawet 15 godzin, Zamawiający i Przystępujący podnieśli, że średnio jedna kontrola zajmie 3 godziny. Rozbieżność stanowisk była zatem zasadnicza. Obie strony sporu były przy tym mało konkretne, gdyż nie precyzowały do jakiego typu kontroli odnoszą się te szacunki i żadna nie udowodniła swoich twierdzeń. W szczególności z powołanego przez Odwołującego w tym zakresie dowodu w postaci wyników kontroli {tzw. Ustalenia audytu} dwóch skontrolowanych postępowań finansowanych ze Swiss Contribution – w zakresie kontroli s.i.w.z. wraz załącznikami (odpowiednio 9 i 6 str. raport oraz listy kontrolne na 6 str.) – nie wynika bezpośrednio ile czasu zajęła każda z tych kontroli. Jednak równie nieprzekonujące było przyjmowanie *ad hoc* na rozprawie przez Zamawiającego założenia średnio 3-godzinnego czasu na przeprowadzenie jednej kontroli, gdyż trudno przypuszczać, aby uprzednie przyjęcie 3-krotnie niższego kosztu kontroli *ex-ante* i kontroli *ex-post* (jeżeli uprzednio była prowadzona kontrola *ex-ante*) nie wynikało przede wszystkim z oszacowania mniejszej pracochłonności tych typów kontroli w stosunku do samoistnej kontroli *ex-post*, w tym przede wszystkim mniejszej czasochłonności. W szczególności zróżnicowanie to nie wynika z przeprowadzania poszczególnych typów kontroli przez różnej klasy ekspertów, gdyż w opisie przedmiotu zamówienia konieczność świadczenia usług przez adwokata lub radcę prawnego – w postaci co najmniej współautorstwa ekspertyz i opinii prawnych – została zastrzeżona dla każdego z rodzajów usług. Z kolei trudno przypuszczać, aby mniej pracochłonne typy kontroli mogły zajmować jedynie godzinę. Wreszcie przy wyliczaniu średniego czasu jaki należy przeznaczyć na jedną kontrolę nie sposób pomijać, że kontrole samoistne *ex-post* mają przeważający udział ilościowy, a zatem podwyższą średnią dla wszystkich kontroli łącznie.

Wycena poszczególnych typów kontroli w ofertach złożonych w postępowaniu nie do końca oddaje prawidłowość przyjętą przez Zamawiającego, gdyż poziomy cen jednostkowych za poszczególne rodzaje kontroli są dużo bardziej zbliżone. Tym niemniej z wyjątkiem oferty Odwołującego, gdzie najdroższa jednostkowo jest kontrola *ex-post* postępowania, w którym była kontrola *ex-ante*, w każdej z pozostałych ofert kontrola *ex-post* została wyceniona najwyżej spośród czterech typów kontroli. Nie ma tu znaczenia drugi wyjątek polegający na wycenie w ofercie Kancelarii J. L. kontroli podmiotów niezobowiązanych do stosowania ustawy pzp na poziomie jednostkowym 3.923,70 zł (czyli wyższym nawet niż w ofercie Konsorcjum M.). Poza tym, że niewątpliwie rażąco zawyżona w tej ofercie wycena tego typu kontroli dała dla 16 kontroli kwotę 62.779,20 zł, co w pełni zrekompensowało wycenę kontroli *ex-ante* i kontroli *ex-post* (poprzedzonej kontrolą *ex-ante*), odpowiednio na kwotę 11.316,00 zł (przy cenie jednostkowej 565,80 zł) i 7.872,00 zł (przy

32

Sygn. akt KIO 1354/14

cenie jednostkowej 393,60 zł), czyli na poziomie niższym niż w ofercie Przystępującego, co najwyraźniej przeoczył Zamawiający.

Natomiast Przystępujący jako jedyny spośród wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia przy wycenie każdego z 4 typów kontroli przyjął taką samą cenę jednostkową w wysokości 615,00 zł. O ile w przypadku trzech typów kontroli jest to stawka wyższa niż założona przez Zamawiającego (591,67 zł i 400,00 zł), o tyle, zważając na liczbę tych kontroli, która łącznie wynosi 56, osiągnięta łącznie w tych częściach zamówienia nadwyżka nad wartością tych części oszacowaną przez Zamawiającego jest znikoma, gdyż wynosi 4.373,34 zł. W żaden sposób nie rekompensuje ona różnicy w wycenie 88 kontroli *ex-post*, których przeprowadzenie zostało przez Przystępującego wycenione na kwotę o 102.136,00 zł niższą niż oszacował to Zamawiający. Nawet biorąc pod uwagę, że wycena tej części zamówienia w pozostałych ofertach jest wyraźnie niższa niż oszacował to Zamawiający (z wyjątkiem rażąco zawyżonej w tej części i w całości oferty

Konsorcjum M.), nadal wycena kontroli ex-post w ofercie Przystępującego znacząco od tych ofert odbiega (z wyjątkiem oferty Kancelarii J. L. , ponad dwukrotnie).

W toku rozprawy argumentem Przystępującego (poza wspomnianą powyżej liczbą godzin przeznaczonych na jedną kontrolę), który w jego ocenie miał uwiarygodnić zaoferowaną ceną, było odwołanie się do wysokości płacy minimalnej jako jedyne pewnego punktu odniesienia i zadeklarowanie, że koszt realizacji przedmiotowego zamówienia wynosi 40% zaoferowanej ceny, a nawet przy przyjęciu 15 godzin na jedną kontrolę zysk wyniesie 30% (w domyśle ceny oferty), przy czym wynagrodzenie osób wykonujących kontrolę w przeliczeniu na 160 godzinny miałyby wynosić 3-krotność płacy minimalnej. Tak skrótkowo zarysowana kalkulacja nie jest do końca jasna, jednak deklarowana 3-krotność płacy minimalnej (wynoszącej aktualnie 1780,00 zł), nie zostanie osiągnięta jeżeli średnio kontrola trwa 15 godzin, nawet przy założeniu, że w cenie Przystępującego za przeprowadzenie kontroli 30% stanowi zysk, a pozostałe 70% może być przeznaczone na wynagrodzenie. Taki poziom wynagrodzenia nie jest również porównywalny do – podnoszonego przez Przystępującego jako adekwatny punkt odniesienia – wynagrodzenia godzinowego, które miała zaoferować za świadczenie usług prawnych o zbliżonym charakterze Sienna w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego, gdyż przy stawce 65 zł brutto, przy przyjęciu analogicznego założenia (30% ceny to zysk, pozostałe 70% przeznaczone na wynagrodzenie), dla 160 godzin daje to kwotę 7.280,00 zł. Natomiast powyższa stawka jest zbieżna z najniższą stawką jednostkową za kontrolę (1000 zł), którą Odwołujący zaoferował w przedmiotowym postępowaniu, jeżeli przyjąć, że średnio na jedną kontrolę trzeba przeznaczyć 15 godzin.

33

Sygn. akt KIO 1354/14

Izba zważyła, że Zamawiający, nie dysponował wiedzą o tym jakie Przystępującego przyjął założenia przy kalkulacji ceny oferty, gdyż nie wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp. Natomiast Zamawiający, najlepiej znając specyfikę zleczanych kontroli, przy ustalaniu wartości szacunkowej zamówienia musiał mieć świadomość na jakie stawki godzinowe przekładają się przyjęte przez niego ceny jednostkowe za przeprowadzenie kontroli. Prowadzi to do wniosku, że z uwagi na uwarunkowania świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia przyjął wartość szacunkową zamówienia w odniesieniu do kontroli na takim, a nie innym poziomie, który zasadniczo (globalnie w odniesieniu do kontroli) znalazł odzwierciedlenie w złożonych ofertach, z wyjątkiem oferty Przystępującego, który zaoferował wykonanie kontroli za znacznie niższą cenę. W ocenie Izby mało prawdopodobne jest, aby ktoś podjął się wykonywania specjalistycznych usług prawnych objętych przedmiotem zamówienia za wynagrodzenie odpowiadające płacy minimalnej, czy nawet jej dwukrotności. Również Zamawiający przy wszczęciu postępowania nie uważał płacy minimalnej za punkt odniesienia przy ustalaniu wartości szacunkowej zamówienia, opierając się w tym zakresie na swojej wieloletniej praktyce w udzielaniu analogicznych zamówień. Warto zauważyć, że jak wynika ze złożonego na rozprawie *Zestawienia cen jednostkowych usług doradztwa prawnego Grupy Doradczej Sienna Sp. z o.o. w latach 2012-2014*, Zamawiający dysponował jeszcze szerszym, niż to opisano w protokole z ustalenia wartości szacunkowej, materiałem poglądowym co do kształtowania się stawek wynagrodzenia za usługi objęte przedmiotem zamówienia. Z zestawienia tego wynika ponadto, że: po pierwsze – poza wyraźnym obniżeniem stawki za godzinę doradztwa prawnego, stawki oferowane przez Sienną za przeprowadzenie kontroli w tym postępowaniu są na podobnym poziomie co w umowie ZP/09/2014 z 11 lutego 2014 r., po drugie – w poprzednich latach były na wyższym poziomie.

Z drugiej strony Izba nie dała wiary twierdzeniom Odwołującego, że za miarodajny w kwestii poziomu stawek za wykonywanie usług prawnych objętych przedmiotem zamówienia należy uznać raport Antal International z marca 2011 r. pt. *Wynagrodzenia Specjalistów i Menadżerów 2013*, gdzie na 6 str. podano jako średnie miesięczne całkowite wynagrodzenie brutto specjalistów i menadżerów dla dyscypliny prawo w wysokości 9.670,00 zł. Abstrahując od tego, że jest to średnia, a nie mediana, z objaśnienia metodologii badań na str. 5 raportu wynika, że, co prawda objęto nimi osoby, które posiadają minimum 2-letnie doświadczenie, ale pracują w średnich i dużych firmach, co trudno uznać za adekwatne w stosunku do jednoosobowych lub zatrudniających kilku prawników kancelarii prawnych

Sygn. akt KIO 1354/14

przedmiotowego zamówienia. Nie można również bezkrytycznie zaakceptować sporządzonego przez Odwołującego *Obliczenia wynagrodzenia prawnika w ofercie kancelarii M. K. dla WWPE*, w którym doszedł on do wyniku w postaci *15 zł za godzinę pracy prawnika*. W ocenie Izby nie jest to żaden dowód, a stanowisko Strony, w dodatku nie w pełni zgodne ze stanowiskiem uprzednio zaprezentowanym w odwołaniu. Wyliczenie to jest o tyle nieadekwatne, o ile przyjęto w nim założenie jakby wszelkie koszty stałe prowadzenia Kancelarii M. K. (wynajęcie lokalu, sprzątanie lokalu, prąd i inne media, łączność telefoniczna, dostęp do Internetu, dostęp do programów prawniczych, sprzęt komputerowy – laptop i drukarka, prowadzenie księgowości, ubezpieczenie) miały być finansowane wyłącznie z wynagrodzenia za realizację przedmiotowego zamówienia. Odwołujący nie wykazał, że z opisu przedmiotu zamówienia czy warunków umowy wynika prawny lub faktyczny brak możliwości wykonywania przez wykonawcę zamówienia w okresie realizacji umowy innych zleceń. Powyższa argumentacja – zmierzająca *de facto* do wykazania, że oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę, niezależnie od treści wyjaśnień, które mógłby on złożyć w trybie art. 90 ust 1 pzp – nie została uznana za przekonującą i zasługującą na uwzględnienie.

Reasumując, w ocenie Izby okoliczności rozstrzyganej sprawy wskazują na to, że Zamawiający nie miał podstaw, aby uznać bez zbadania oferty Przystępującego w trybie art. 90 pzp, że nie budzi wątpliwości, że nie zawiera ona rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jak już powyżej zaznaczono – w ocenie Izby zarzut zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp nie podlegał rozpatrzeniu jako przedwczesny z uwagi na brak przeprowadzenia procedury opisanej w art. 90 ust. 1 pzp. Skład orzekający podziela utrwalone w doktrynie i orzecznictwie, zarówno krajowym, jak i europejskim, stanowisko, że podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty z powodu rażąco niskiej ceny musi zostać poprzedzone procedurą wyjaśnień. W tym kontekście należy podkreślić, że podejmowane w odwołaniu i na rozprawie próby antycypowania przez Odwołujących negatywnego rezultatu takiego badania należy również uznać za bezskuteczne, gdyż w przeciwnym razie nie miałyby ono żadnego merytorycznego znaczenia, w istocie stanowiąc wymaganie czysto formalne. Wezwany w trybie art. 90 ust. 1 pzp Przystępujący ma w pełni możliwość wykazania w sposób wynikający z przepisu art. 90 ust. 2 pzp, że zaoferowana cena jest w jego przypadku realna i umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia. Wobec tego ewentualne wywodzenie z faktu uwzględnienia odwołania w tej sprawie potwierdzenia rażąco niskiej ceny oferty

Sygn. akt KIO 1354/14

Przystępującego w stosunku do przedmiotu zamówienia jest nieuprawnione.

II. {zarzuty dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa}

Izba uznała za niezasadny zgłoszony na rozprawie przez Zamawiającego i Przystępującego wniosek o nierozpoznawanie zarzutów odwołania dotyczących zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z uwagi na podniesienie ich z przekroczeniem terminu z art. 182 ust. 3 pzp, gdyż *Odwołujący w ramach należytej staranności powinien już od dnia otwarcia ofert podejmować czynności mające na celu wyjaśnienie, czy zaskarżone czynności miały miejsce. W konsekwencji przy takiej należytej staranności Odwołujący powinien uzyskać wiedzę o zaniechaniu odtajnienia załączników do ofert (...) już w chwili otwarcia ofert w postępowaniu, tj. w dniu 19 maja 2014 roku. (...) Wynika to z faktu, że o zaskarżonych czynnościach, w szczególności zaniechania odtajnienia dokumentów załączonych do oferty (...) Zamawiający nie ma obowiązku przesyłania informacji*

Wykonawcom. {zacytowane zdania pochodzą ze złożonego na rozprawie pisma Przystępującego z 15 lipca 2014 r.}

W ocenie składu orzekającego Izby skoro odwołanie, stosownie do art. 180 ust. 1 pzp, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy pzp czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy pzp, nie można skutecznie wnieść odwołania na czynność dokonaną przez innego wykonawcę, a nie przez zamawiającego. Wykonawca składający ofertę ma prawo podjąć decyzję o zastrzeżeniu dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Natomiast obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie skuteczności i celowości takiego zastrzeżenia. Obowiązek ten nie został wprost uregulowany w ustawie pzp, jednak jego istnienie jest niepodważalne w świetle orzecznictwa Izby, co najmniej od czasu uchwały Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05). Oczywiście jest przy tym, że rzetelna weryfikacja skuteczności dokonanego zastrzeżenia wymaga odpowiedniego czasu, w szczególności mało prawdopodobne jest, aby ostatecznych ustaleń można było dokonać bezpośrednio po otwarciu ofert. Najczęściej konieczna jest wymiana korespondencji z wykonawcą, który uczynił takie zastrzeżenie, a zawsze – staranna analiza przez zamawiającego każdego z utajnionych dokumentów, czy zawierają one informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponieważ ustawa pzp nie określa odrębnego terminu w jakim zamawiający powinien zakończyć takie badanie {nie wynika to również ze wskazanej powyżej uchwały SN} należy przyjąć, że mieści się ono w ramach czynności badania i oceny ofert, a zatem najpóźniej może zakończyć się z chwilą

36

Sygn. akt KIO 1354/14

uzewnętrznienia rezultatów tych czynności. Wynika to z faktu, że po rozstrzygnięciu postępowania zamawiający nie może prowadzić badania ofert, gdyż jest to – co do zasady – ostatnia czynność postępowania, po której następuje udzielenie zamówienia przez zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z kolei ponieważ ustawa pzp nie wymaga zawiadomienia przez zamawiającego o wynikach badania skuteczności zastrzeżenia przez wykonawców tajemnicy przedsiębiorstwa, od zamawiającego zależy, czy dokona takiego zawiadomienia i kiedy tego dokona. Nie ma wątpliwości, że według art. 92 ust. 1 pzp nie jest to obligatoryjny element zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania. Tym niemniej rozstrzygnięcie postępowania oznacza, że wszystkie inne czynności w tym postępowaniu zostały już przez zamawiającego zakończone, a zatem czynności, które nie zostały dokonane przez zamawiającego, a powinny być dokonane według przepisów ustawy pzp – należy uznać za zaniechane.

Reasumując, skoro podstawą do wniesienia odwołania może być wyłącznie sprzeczna z przepisami ustawy pzp czynność zamawiającego polegająca na utrzymaniu w mocy zastrzeżenia uczynionego przez wykonawcę lub zaniechanie przez zamawiającego czynności weryfikacji takiego zastrzeżenia, termin na wniesienie odwołania na taką czynność lub jej zaniechanie biegnie bądź od dnia poinformowania przez zamawiającego, że uznaje tajemnicę za zastrzeżoną skutecznie, bądź od dnia poinformowania o rozstrzygnięciu postępowania. Takie stanowisko było już uprzednio wielokrotnie wyrażane w orzecznictwie Izby {por. np. uzasadnienia wyroków Izby wydanych: 11 lipca 2011 r. (sygn. akt KIO 1368/11), 4 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 583/12) czy 23 października 2012 r. (sygn. akt KIO 2161/12)} i ma obecnie charakter dominujący. W ocenie składu orzekającego Izby pogląd ten należy uznać za słuszny i zasługujący na podzielenie. Co prawda w orzecznictwie Izby odnośnie terminu skargi zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa występują odmienne stanowiska, jednak w przeważającej mierze były one prezentowane w przeszłości {wskazany w piśmie Przystępującego wyrok z 9 września 2010 r. (sygn. akt KIO 1851/10) oraz wskazany na rozprawie przez Zamawiającego wyrok z 5 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO 2756/10)} odmienne poglądy; warto przy tym zauważyć, że wbrew temu, co sugerował Zamawiający w zacytowanym przez niego na rozprawie komentarzu jego autor raczej odnotował fakt istnienia takiego stanowiska, niż wyraził dla niego aprobatę}. Pozostałe orzeczenia, na które powołał się Przystępujący w swoim piśmie {postanowienie z 9 maja 2012 r. (sygn. akt KIO 840/12), postanowienie z 18 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1161/12) oraz wyrok z 12 sierpnia 2013 r. (sygn. akt KIO 1817/13) prezentują rzeczywiście odmienny od dominującego pogląd, jednak zapadły również w odmiennych okolicznościach

Sygn. akt KIO 1354/14

Uzupełniając dominujące w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko w zgodzie z uchwałą Sądu Najwyższego z 28 lutego 2013 r. (sygn. akt III CZP 107/12) należy zauważyć, że o ile w razie dokonania przez zamawiającego zawiadomienia o wynikach weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę termin na wniesienie odwołania należy liczyć według art. 182 ust. 1 pzp, o tyle w razie braku takiego zawiadomienia znajdzie zastosowanie art. 182 ust. 3 pzp. Przy czym w tym ostatnim przypadku początkiem biegu terminu będzie zawsze zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania, gdyż z tą chwilą wykonawca może powziąć wiadomość, że zamawiający zaniechał zweryfikowania zasadności takiego zastrzeżenia. Sąd Najwyższy stwierdził bowiem, że: *Termin do złożenia odwołania określony w art. 182 ust. 3 p.z.p. rozpocznie zatem swój bieg w dniu, w którym wykonawca uzyskał lub przy zachowaniu należytej staranności mógł uzyskać wiedzę o podjętych przez zamawiającego zaskarżalnych czynnościach, co do których (uprzednio) zamawiający nie przesłał informacji (art. 182 ust. 1 p.z.p.). Bez znaczenia jest przy tym to, czy czynności, o których uzyskał informację wykonawca należą do kategorii czynności objętych obowiązkiem informacyjnym czy też nie. Artykuł 182 ust. 3 p.z.p. ma zastosowanie wobec braku aktywności informacyjnej zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do wszystkich czynności zaskarżalnych podjętych w toku postępowania przetargowego.*

Jednocześnie odnośnie wyrwanych z kontekstu w piśmie Przystępującego z 15 lipca 2014 r. dwóch zdań, które w rzeczywistości zostały zamieszczone w następującym brzmieniu i układzie: *Natomiast, gdy zamawiający przed dniem uzyskania przez wykonawcę wiedzy o podjętych czynnościach lub dnia, w którym powinien taką wiedzę uzyskać, nie przesłał wykonawcy informacji o dokonanych czynnościach, termin do wniesienia odwołania wyznacza art. 182 ust. 3 p.z.p. Późniejsze przesłanie informacji przez wykonawcę zasadniczo nie będzie prowadziło do otwarcia terminu do wniesienia odwołania określonego w art. 182 ust. 1 p.z.p. – należy zauważyć, że Sąd Najwyższy stwierdził następnie, że: Uzyskania wiadomości, o którym mowa w art. 182 ust. 3 p.z.p. nie można (...) ograniczać wyłącznie do uzyskania informacji stricte o dokonanej czynności, lecz należy wiązać również z uzyskaniem informacji, co do motywów ich podjęcia przez zamawiającego. Tylko bowiem przy takim rozumieniu art. 182 ust. 3 p.z.p. może w sposób właściwy być realizowane przysługujące wykonawcy prawo do kwestionowania w drodze odwołania czynności podejmowanych przez zamawiającego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.* Wynika z tego, że jeżeli zamawiający nie udokumentował w żaden sposób w dokumentacji prowadzonego postępowania weryfikacji skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa, inny wykonawca może dopiero z chwilą

Sygn. akt KIO 1354/14

rozstrzygnięcia postępowania odwołać się od zaniechania dokonania takiej czynności przez zamawiającego, gdyż wcześniej nie mógł powziąć wiadomości co do decyzji i motywów zamawiającego.

W okolicznościach rozstrzyganej sprawy bezsporne jest nie tylko, że Zamawiający nie zawiadamiał Odwołującego o wynikach badania skuteczności zastrzeżenia poczynionego przez Przystępującego, ani nie wzywał uprzednio Przystępującego do składania wyjaśnień w tym zakresie, ale również, że w dokumentacji postępowania brak jest jakiegokolwiek dokumentu potwierdzającego dokonanie takiej weryfikacji, w szczególności zawierającego motywy, jakimi kierował się Zamawiający przy podejmowaniu decyzji.

W ocenie składu orzekającego Izby w tych okolicznościach, wobec odwołania się przez Odwołującego od zaniechania odtajnienia oraz udostępnienia mu dokumentów załączonych do oferty Przystępującego, nie można stwierdzić, że odwołanie w tym zakresie zostało złożone z przekroczeniem terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 3 pzp, gdyż rozpoczął on swój bieg z chwilą przekazania zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania. Powyższe nie stoi w sprzeczności z zasadą, że oferty są jawne z chwilą ich otwarcia (art. 96

ust. 3 pzp) – zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest prawem wykonawcy i wyjątkiem od obowiązującej reguły jawności ofert. Stąd też istniała konieczność zbadania przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i uzewnętrznienia podjętej decyzji w taki sposób, aby Odwołujący mógł się zapoznać również z uzasadnieniem jej podjęcia.

W przedmiotowej sprawie niesporne było jak należy rozumieć tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czyli że podlega to ocenie przez pryzmat trzech przesłanek, które wynikają z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.), które adekwatnie zostały zaprezentowane w odwołaniu. Przedmiotem sporu było, czy wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz wykaz osób zawierają informacje, które, po pierwsze – mają wartość gospodarczą dla Kancelarii M. K. lub podmiotów, na których rzecz świadczyła usług, po drugie – nie zostały nieujawnione do publicznej wiadomości, po trzecie – zostały w stosunku do nich podjęte niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Zarzuty zawarte w odwołaniu należy uznać za zasadne, gdyż załączone do oferty z dopiskiem „Tajemnica przedsiębiorstwa” dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w przeważającej mierze zawierają informacje, które nie

39

Sygn. akt KIO 1354/14

mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Nie ma nawet pewności, czy Zamawiający na etapie badania ofert dokonywał jakiegokolwiek weryfikacji zastrzeżenia poczynionego przez Przystępującego, gdyż za taką trudno uznać poprzestanie na bezkrytycznym zaakceptowaniu opisanego powyżej oświadczenia. W szczególności Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego, że komisja przetargowa analizowała pod kątem przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji informacje zawarte w wykazie usług, załączonych do niego listach referencyjnych i wykazie osób. Natomiast ogólne wywody Zamawiającego odwołujące się do tego, że wykazy usług czy osób mogą zawierać informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, z przywołaniem sygnatur wyroków Izby, w których zostało tak stwierdzone, zdają się tylko potwierdzać, że Zamawiający na etapie badania oferty Kancelarii M. K. , wbrew odmiennym deklaracjom składanym na rozprawie, nie analizował charakteru informacji zawartych w dokumentach przedstawionych na potwierdzenie spełniania warunków udziału dotyczących wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Nawet pobieżne zapoznanie się z wykazem usług, listami referencyjnymi i wykazem osób pozwala stwierdzić, że zawierają informacje dotyczące postępowań o udzielenie zamówień publicznych, które w większości podlegają publikacji w związku z prowadzeniem takich postępowań, względnie są dostępne w ramach dostępu do informacji publicznej, a pozostałym zakresie nie mają waloru informacji o wartości gospodarczej, a ewentualnego dociekania wymagałaby jedynie kwestia danych identyfikujących osoby wskazane w wykazie (oczywiście z wyjątkiem osoby właściciela Kancelarii M. K.).

W przypadku wykazu usług i załączonych do niego referencji w pełni znalazły potwierdzenie zawarte w odwołaniu przypuszczenia, że w celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia opisanego w ogłoszeniu o zamówieniu i s.i.w.z. Przystępujący powołał się na wiedzę i doświadczenie zdobyte przy realizacji zamówień publicznych. Obie wykazane usługi dotyczą zamówień udzielonych przez jednostki samorządu terytorialnego na obsługę prawną, w tym przeprowadzanie kontroli prawidłowości prowadzonych przez nie lub ich jednostki organizacyjne postępowań o udzielenie zamówień publicznych. W konsekwencji fakt udzielenia takich zamówień Kancelarii Adwokackiej M. K. wynika z informacji powszechnie dostępnych, choćby z ogłoszeń o rozstrzygnięciu postępowań czy udzieleniu tych zamówień. Z tego samego powodu również fakt przeprowadzenia przez tych zamawiających wymienionych w wykazie postępowań o udzielenie zamówień stanowi informację powszechnie dostępną. Nawet jeżeli

Sygn. akt KIO 1354/14

postępowania te nie zostały zakończone, musi być co najmniej publicznie dostępne ogłoszenie o zamówieniu, w którym pada jego nazwa. Tymczasem w opisie zamieszczonym w wykazie nie podano nic ponad daty wszczęcia postępowań i ich nazwy. Z kolei sam fakt przeprowadzenia kontroli takich postępowań, aczkolwiek nie podlega uzewnętrznieniu w tych ogłoszeniach, w ocenie składu orzekającego Izby sam w sobie nie ma waloru informacji mającej wartość gospodarczą. Ponadto z powiązania powyższych faktów wynika oczywisty wniosek, że w okresie obowiązywania umów na obsługę prawną postępowania o udzielenie zamówienia będą kontrolowane przez Przystępującego. Określając wartość wykonanej usług Przystępujący ograniczył się do wskazania, że od daty rozpoczęcia ich świadczenia wyniosła ona ponad 150 tys. zł, czyli podał próg wymagany jako element sposobu oceny spełniania warunku w przedmiotowym postępowaniu. Wreszcie należy zauważyć, że żaden z dwóch samorządowych zamawiających nie uważał faktu świadczenia przez Kancelarię M. K. obsługi prawnej za informację niejawną, o czym świadczy treść listów referencyjnych, w których polecają tego Wykonawcę, nie czyniąc żadnej wzmianki, że wystawione dokumenty, których oczywistym przeznaczeniem jest składanie w jawnych z założeniach postępowaniach o udzielenie zamówienia, zawierają informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym kontekście bezpodstawną jest wyrażona w oświadczeniu z 15 maja 2014 r. ocena, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa dla zlecających usługi jednostek samorządowych, a wyrażana następnie na rozprawie przez Przystępującego pewność – zupełnie nieprzekonująca, gdyż nie poparta żadnymi dowodami.

Wobec powyższego nie sposób również stwierdzić, aby względem informacji zawartych w wykazie usług zostały podjęte przez Przystępującego niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Natomiast utajnienie wykazu usług oraz listów referencyjnych w przedmiotowym postępowaniu służyło wyłącznie utrudnieniu możliwości zweryfikowania przez innych wykonawców, czy Przystępujący prawidłowo wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Analogiczna ocena jest uzasadniona w stosunku do większości informacji zawartych w wykazie osób, gdyż odwołują się one do dokładnie tych samych dwóch postępowań o udzielenie zamówień publicznych. W szczególności lista skontrolowanych następnie postępowań i sposób ich opisu obejmuje postępowania udzielane przez zamawiających obsługiwanych przez Kancelarię Adwokacką M. K., które zostały zidentyfikowane wyłącznie przez podanie dat wszczęcia i nazw postępowań. Dodatkową informację jest tu wyszczególnienie dla pierwszej z osób z wykazu listy opinii prawnych, których była autorem, co sprowadza się jednak do podania, że ich przedmiotem była zgodność z przepisami ustawy pzp projektów umów w 8 postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego,

Sygn. akt KIO 1354/14

ze związłym podaniem przedmiotu umowy. Również w tym przypadku trudno stwierdzić w jaki sposób ogólne nazwy sporządzonych opinii miałyby stanowić informację mającą wartość gospodarczą dla Kancelarii M. K.. Tym bardziej oczywiście bezprzedmiotowe jest powołanie się na rozprawie przez Przystępującego *ad hoc*, że fakt wydania i nazwy opinii stanowią przedmiot jego tajemnicy adwokackiej w rozumieniu art. 6 Prawa o adwokaturze. Na marginesie należy zauważyć, że obowiązek zachowania w tajemnicy wszystkiego, o czym adwokat M. K. dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej nie pozwalałby na ujawnianie takich informacji Zamawiającemu.

Przyjmując największą dozę ostrożności, Izba uznała, że wyłącznie personalia i nr uprawnień identyfikujące konkretne osoby wymienione w wykazie mogą ewentualnie stanowić przedmiot tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego. Z tego względu wyłącznie w tym zakresie Izba nie nakazała odtajnienia wykazu osób. Zamawiający winien jednak zmierzać do ustalenia, czy informacje te nie podlegały ujawnieniu na podstawie zawartych umów w sprawie zamówień publicznych lub czy *de facto* nie są publicznie dostępne. Nawet jeżeli Zamawiający zaniecha takiego badania zakres informacji, których odtajnienie bezpośrednio nakazała Izba umożliwi Odwołującemu samodzielną weryfikację stanu rzeczy

w tym zakresie.

W ocenie składu orzekającego Izby już zasadność powyższego zarzutu stanowiłaby wystarczającą podstawę do uwzględnienia odwołania w zgodzie z wynikającą z art. 192 ust. 2 pzp dyrektywą, że powinno to nastąpić również w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy pzp, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 pzp oraz art. 96 ust. 3 pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli uniemożliwiło wykonawcom weryfikację prawidłowości jego rozstrzygnięcia w zakresie czynności, o których podjęciu zawiadomił w trybie art. 92 ust. 1 pzp, tym sam zawiadamiając o niepodjęciu innych czynności. Właśnie z tego powodu, że nie wiadomo, czy i jakie nieprawidłowości zostaną stwierdzone w dokumentach, które bezzasadnie nie zostały uznane za jawne przez zamawiającego, takie naruszenie art. 8 ust. 3 pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Jeżeli dokumenty, które niezasadnie zostały objęte przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa zostają odtajnione przez zamawiającego przed rozstrzygnięciem postępowania, inny wykonawca może i powinien odwołać się od czynności wykluczenia czy odrzucenia dokonanych lub zaniechanych niezgodnie z przepisami ustawy pzp, gdyż może sprecyzować zarzuty przez podanie konkretnych okoliczności prawnych i faktycznych. W razie nieuzasadnionego utrzymania utajnienia dokumentów, wykonawca ma obowiązek odwołać się od tej czynności

42

Sygn. akt KIO 1354/14

lub zaniechania takiej weryfikacji przez zamawiającego, natomiast nie musi jednocześnie w ciemno skarżyć innych czynności lub zaniechań zamawiającego. W praktyce czynią tak wykonawcy, którzy nie są pewni zasadności zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa, stąd decydują się na podniesienie innych zarzutów, pomimo braku możliwości odpowiedniego ich sprecyzowania.

W konsekwencji skład orzekający Izby nie podziela stanowiska Zamawiającego wyrażonego na rozprawie, że objęte odwołaniem naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 pzp nie mogą mieć istotnego wpływu na wynik prowadzonego przez niego postępowania, gdyż Odwołujący nie podniósł zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia. Przystępując do uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia ewentualnego odwołania w tym zakresie będzie mógł powziąć dopiero w wyniku wykonania niniejszego wyroku Izby.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego, po pierwsze – art. 90 ust. 1, po drugie – art. 8 ust. 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w pierwszym przypadku – miało wpływ, w drugim przypadku – może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt oraz § 5 ust. 2 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) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący:

43