

Sygn. akt: KIO 523/14

WYROK
z dnia 7 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 kwietnia 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 marca 2014 r. przez wykonawcę **ATOS IT Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowy Fundusz Zdrowia Centralę w Warszawie, ul. Grójecka 186, 02-390 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **4pi Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Niekańska 27/5, 02-924 Warszawa (lider)** i **Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 523/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę ATOS IT Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ATOS IT Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania

- 2.2. zasądza od wykonawcy **ATOS IT Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa** na rzecz **Narodowego Funduszu Zdrowia Centrali w Warszawie, ul. Grójecka 186, 02-390 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) 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:

Uzasadnienie

Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług doradczych w ramach programu wdrożenia silnych mechanizmów identyfikacji i uwierzytelniania na potrzeby systemu RUM II dla Centrali NFZ”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 września 2013 r., nr 2013/S 183-315945.

W dniu 7 marca 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę ATOS IT Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. 4pi Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanych dalej „konsorcjum 4pi”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 17 marca 2014 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 17 marca 2014 r.) wobec czynności dokonanych przez zamawiającego – niezgodnych z przepisami ustawy Pzp – polegających na:

1. zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia odwołującemu wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez konsorcjum 4pi pismem z dnia 26 lutego 2014 r.,
2. wyborze oferty złożonej przez konsorcjum 4pi jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta ta:
 - a. zawiera rażąco niską cenę,
 - b. złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia,
3. zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, zarzucając zamawiającemu naruszenie:
 1. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zwana dalej „ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”, poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez konsorcjum 4pi w

sprawie rażąco niskiej ceny, pomimo że nie wystąpiły przesłanki do zastrzeżenia tych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa,

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechane odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum 4pi, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum 4pi, pomimo że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia,
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uchybienie zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. zweryfikowanie zasadności utajnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach składanych przez konsorcjum 4pi w sprawie rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji odtajnienie informacji, które nie posiadają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przeprowadzenie dowodu na rozprawie z odtajnionej części wyjaśnień. Z ostrożności odwołujący - na podstawie art. 189 ust. 6 ustawy Pzp - wnosi o wyłączenie jawności rozprawy w części dotyczącej rozpoznania tego zarzutu oraz odtajnienie na rozprawie informacji zawartych w wyjaśnieniach w sprawie rażąco niskiej ceny, składanych przez konsorcjum 4pi,
2. uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
 - a. powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu, a w konsekwencji:
 - b. odrzucenie oferty złożonej przez konsorcjum 4pi,
 - c. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego;
3. przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność, że oferta konsorcjum 4pi zawiera rażąco niską cenę.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż:

Odnosnie zarzutu odtajnienia części wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny odwołujący podniósł m.in., iż konsorcjum 4pi, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, pismem z dnia 26 lutego 2014 r. złożyło wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny, zastrzegając część wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednocześnie powołując się na spełnianie przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wyjaśnienia w tym zakresie (co do zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa) są ogólnikowe i niemalże mogą być zastosowane w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w stosunku do każdego dokumentu.

Tymczasem z ochrony, jaką daje możliwość zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa można korzystać wyłącznie po spełnieniu i - w przypadku zamówień publicznych - po wykazaniu wszystkich przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być zastrzegane jedynie określone informacje zawarte w poszczególnych dokumentach, a nie cały dokument. Zasadniczo bowiem z ochrony przed ujawnieniem do publicznej wiadomości korzystają poszczególne informacje nie zaś całe dokumenty. Konsorcjum, 4pi zastrzegając część wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa powinno złożyć szczegółowe wyjaśnienia odnoszące się do poszczególnych informacji zawartych w utajnionym dokumencie, potwierdzające zasadność objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Niedopuszczalne jest przyjmowanie przez zamawiającego - jako prawidłowego - takiego działania wykonawcy, które polega na zastrzeganiu tajemnicą przedsiębiorstwa całych dokumentów, pomimo, że zawierają one również informacje, które nie są chronione tajemnicą przedsiębiorstwa. Sytuacją niedopuszczalną jest również bezkrytyczne przyjmowanie argumentów wykonawcy co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, podczas gdy wykonawca ten jedynie ogólnie wskazał z jakiego powodu informacje mogłyby podlegać zastrzeżeniu, a z pewnością nie udowodnił, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Reasumując odwołujący wniósł o odtajnienie składanych przez konsorcjum 4pi wyjaśnień (lub ich części w zakresie, w jakim nie mogą one korzystać z waloru tajemnicy przedsiębiorstwa) i przeprowadzenie z nich dowodu na rozprawie. Z ostrożności odwołujący - na podstawie art. 189 ust. 6 ustawy Pzp - wniósł o wyłączenie jawności rozprawy w części dotyczącej rozpoznania tego zarzutu oraz odtajnienie składanych przez konsorcjum 4pi wyjaśnień. Utajnienie wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny było bezzasadne i miało jedynie na celu uniemożliwienie zweryfikowania prawidłowości zaoferowanych cen. Dlatego też przeprowadzenie dowodu z tego dokumentu pozwoli na rzeczywiste zweryfikowanie realności cen zaoferowanych przez konsorcjum 4pi oraz realności wykonania zamówienia w ogóle.

Odnosnie zarzutu rażąco niskiej ceny odwołujący podniósł m.in., iż w przedmiotowym postępowaniu - jak wynika z protokołu postępowania - szacunkowa wartość zamówienia została ustalona w wysokości 4 638 000 zł. Wartość ta, powiększona o podatek VAT wynosi 5 704 740 zł. Konsorcjum 4pi złożyło natomiast ofertę z ceną rażąco niższą od szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia, tj. 1 395 066. Cena oferty konsorcjum 4pi jest niższa o 75,55 % od wartości przedmiotu zamówienia, powiększonej o podatek VAT. Zatem propozycja cenowa konsorcjum 4pi w sposób drastyczny odbiega od wyceny, jaka przeprowadził zamawiający, wskazując na całkowite oderwanie zaoferowanej przez konsorcjum ceny od warunków rynkowych oraz szacunków dokonanych przez zamawiającego. Cena oferty Odwołującego (4 833 900 zł brutto) jest zbliżona do

szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia i wskazuje na rzetelność szacunku dokonanego przez zamawiającego oraz rzeczywisty poziom cen rynkowych dla tego zamówienia.

Na przedmiot zamówienia w przedmiotowym postępowaniu składają się wysoce specjalistyczne usługi doradcze, świadczone w ramach innowacyjnego programu wdrożenia mechanizmów identyfikacji i uwierzytelnienia na potrzeby systemu RUM II. W wyniku przedmiotowego zamówienia powstanie opracowanie kompletnego projektu, którego rezultatem będzie wprowadzenie karty zdrowia. Celem wdrożenia karty zdrowia, jest zapewnienie lepszej kontroli nad kosztami usług medycznych poprzez ograniczenie możliwości tworzenia fikcyjnych lub zmanipulowanych raportów o zrealizowanych usługach medycznych, które są podstawą do przepływu środków pomiędzy NFZ a świadczeniodawcami. Wykonanie projektu wymaga bardzo szczegółowej analityki bazującej na doświadczeniach krajów, które wdrożyły tego typu rozwiązania. Zakres problematyki objętej projektem dotyczy nie tylko przestrzeni technicznej, ale także organizacyjnej i społecznej, gdzie należy przewidzieć wszystkie zagrożenia dla realizacji projektu.

Odnośnie zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji odwołujący podniósł m.in., iż cena oferty złożonej przez konsorcjum 4pi stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W przedmiotowym stanie faktycznym zaoferowanie ceny poniżej kosztów wytworzenia usługi z pewnością miało na celu wyeliminowanie konkurencji, w tym wypadku odwołującego. Jest to bowiem jedynie racjonalny motyw wyceny tak specjalistycznej i skomplikowanej usługi na tak niskim poziomie. Warto przy tym zauważyć, że szacunkowa wartość zamówienia została wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu. Konsorcjum 4pi znając więc szacunkową wartość zamówienia zdecydowało się na złożenie oferty z ceną o ok. 75% niższą, jedynie w celu całkowitego wyeliminowania drugiego wykonawcy zaproszonego do składania ofert. Tak ogromna różnica pomiędzy szacunkową wartością zamówienia a ceną oferty konsorcjum 4pi wskazuje dobitnie, że działanie konsorcjum 4Pi nastawione było na pozbawienie możliwości uzyskania zamówienia przez odwołującego, ponieważ żaden podmiot nie zdecydowałby się na realizację usługi w cenie zaoferowanej przez konsorcjum 4pi. Cena ta bowiem nie pokrywa nawet podstawowych kosztów wytworzenia usługi będącej przedmiotem zamówienia.

W dniu 17 marca 2014 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 20 marca 2014 r. (pismem z dnia 19 marca 2014 r.) konsorcjum 4pi przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 – 3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający, pismem z dnia 20 lutego 2014 r., zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę, wezwał konsorcjum 4pi do udzielenia wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty złożonej w postępowaniu z uwzględnieniem pozycji ujętych w załączonej do wezwania tabeli.

W odpowiedzi na powyższe konsorcjum 4pi, pismem z dnia 26 lutego 2014 r., udzieliło wyjaśnień, jednocześnie zastrzegając informacje zawarte na stronach od 3 do 11 jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na to, iż zawarte tam są „informacje dotyczące elementów i sposobu kalkulacji ceny”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp statuuje zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wyjątkiem od tej zasady są ustawowo określone przypadki pozwalające na ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem. Takim wyjątkiem jest treść art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczanie nieuczciwej konkurencji. Natomiast zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji za tajemnicę przedsiębiorstwa należy uznać taką informację, która spełnia łącznie trzy warunki, tj.: jest informacją o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym lub inną posiadającą wartość gospodarczą; nie została ujawniona do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Ocena czy

określona informacja zastrzeżona przez wykonawcę stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa należy do obowiązków zamawiającego. Obowiązkiem wykonawcy jest natomiast wykazanie, że przedstawione informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W przedmiotowym stanie faktycznym wykonawca, odpowiadając na wezwanie do złożenia wyjaśnień i zastrzegając określone informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, wskazał „zasadność zastrzeżenia jawności części wyjaśnień”, podnosząc m.in., iż zawierają one tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż są informacjami dotyczącymi elementów i sposobu kalkulacji ceny. Podał także, iż mają one charakter organizacyjny przedsiębiorstwa obu członków konsorcjum i posiadają wartość gospodarczą. Dotyczą bowiem sposobu dokonywania wyceny przedmiotu zamówienia, uwzględnianych czynników cenotwórczych oraz okoliczności umożliwiających złożenie konkurencyjnej cenowo oferty, decydując tym samym o przewadze konkurencyjnej konsorcjum 4pi. A ponadto wykonawca ten – jak podniósł w piśmie z dnia 26 lutego 2014 r. - podjął w stosunku do zastrzeżonych informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności.

W ocenie Izby zamawiający badając wyjaśnienia złożone na jego wezwanie przez konsorcjum 4pi zachował zasady określone w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku w sprawie o sygn. akt III CZP 74/05 w zakresie badania skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i prawidłowo uznał, iż wyjaśnienia złożone przez konsorcjum 4pi należy uznać za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżone przez konsorcjum 4pi informacje faktycznie bowiem dotyczą kalkulacji ceny złożonej oferty oraz obejmują szczegółowe odniesienie do wszystkich elementów przykładowo wskazanych w treści art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Tak więc zawierają odniesienie do wybranych rozwiązań technicznych i oryginalności projektu wykonawcy (str. 3-4 wyjaśnień), kwestii związanych z obniżeniem kosztów pracy (str. 4-5 wyjaśnień) i kosztów działania (str. 6-7 wyjaśnień), wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy (str. 5-6 wyjaśnień), jak również szczegółowe kalkulacje kosztów realizacji zamówienia, w tym przede wszystkim stawek konsultantów wyszczególnionych w tabeli (str. 7-11 wyjaśnień). Kwestie te wprost więc odnoszą się do sposobu skalkulowania ceny. Tymczasem sposób kalkulacji ceny, a przede wszystkim kosztów osobowych, które w tym postępowaniu stanowią czynnik najbardziej cenotwórczy, gdyż głównym elementem cenotwórczym jest właśnie koszt pracy konsultantów (ekspertów), można zaliczyć do informacji, które stanowią niezwykle cenne źródło informacji dla konkurencji. Koszt zatrudnienia osób to bowiem element determinujący treść oferty z uwagi chociażby na specyfikę tej branży i charakter tego konkretnego zamówienia. Zamawiający, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie narzucił wykonawcom w SIWZ wymogu zatrudnienia osób uczestniczących w realizacji zamówienia na podstawie umów o pracę, jak również pozostawania przez nich przez cały okres realizacji zamówienia w pełnej dyspozycyjności i

gotowości do pracy na rzecz tej właśnie realizacji, co determinowałoby konieczność ich wynagradzania nawet wówczas, gdyby pracy tej nie świadczyli. Zamawiający nie tylko, że nie wymagał codziennego zaangażowania wskazanych konsultantów (ekspertów), a nawet oczekiwał ich wykorzystania jedynie stosownie do potrzeb projektu i tylko na etapie, w którym ich praca będzie wymagana. Zamawiający nie ograniczył także liczby osób przypisanych do określonych ról, wskazując jedynie w projekcie umowy, iż wykonawca zobowiązany jest zapewnić na potrzeby tej realizacji minimum jedną osobę dedykowaną do każdej ze wskazanych przez niego ról w załączniku nr 2 „Wymagania wobec osób dedykowanych do realizacji umowy” do tej umowy. Nie wykluczył również możliwości łączenia określonych ról, wskazując iż „jedna osoba może pełnić maksymalnie dwie role”. Pozostawił także wykonawcom możliwość swobodnego ustalenia ilości roboczogodzin koniecznych do przedmiotowej realizacji. Informacji powyższych, w tym także innych zawartych w tabeli wypełnianej przez konsorcjum 4pi na skutek wezwania do złożenia wyjaśnień, wykonawcy nie byli zobowiązani podać wraz z ofertą. Informacje te zostały uzyskane przez zamawiającego dopiero w drodze wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zamawiający w SIWZ, jak już wyżej wskazano, podał jedynie minimalną ilość osób jaka jest wymagana do pełnienia konkretnych ról. Niemniej jednak przypisanie już ilości osób proponowanych przez danego wykonawcę do konkretnych ról, bądź też ich łączenie jest już tym elementem, który wskazuje niewątpliwie na sposób kalkulacji ceny, a tym samym na strategię danego przedsiębiorstwa. Podobnie stawki roboczogodzin. Stawki, które faktycznie uzyskują specjaliści wymagani do realizacji zamówienia nie są ujawniane, zwłaszcza w tak konkurencyjnej branży, jaką jest branża IT. Stanowią bowiem istotny element kalkulacji ceny danego zamówienia. Tak więc nawet gdyby uznać, iż przykładowo: wskazano do pełnienia danej roli, jak wymagał tego zamawiający, tylko jedną osobę, to jednak to już powoduje, że taka informacja nadal jest związana z konkretną ofertą i proponowanym, konkretnym rozwiązaniem organizacyjnym bądź technicznym. Nie ma więc możliwości podania wskazanych przez odwołującego informacji (liczby osób i ról dla poszczególnych osób, stawki za roboczogodzinę) bez naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Te dane, których ujawnienia chociażby żąda odwołujący samodzielnie, a tym bardziej w tym konkretnym zestawieniu ten walor (walor tajemnicy przedsiębiorstwa) posiadają. Nawet jednak gdyby uznać, iż jakieś dane zawarte w tabeli nie mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, to „fakt, że informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia są jawne nie decyduje o odebraniu zespołowi wiadomości o produkcie przymiotu poufności” (wyrok SN z dnia 28 lutego 2007 r. w sprawie o sygn. akt V CSK 444/06). „(...) Zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez

ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (...)” (wyrok SO w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07). Informacje te powstają bowiem na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne, a tym samym mają wartość gospodarczą.

Konsorcjum 4pi wykazało także, iż podjęło stosowne działania celem zachowania poufności. Jak bowiem wynika z treści jego wyjaśnień informacje te nie były i nie są ujawnione do publicznej wiadomości, a członkowie konsorcjum stosują rygorystyczną politykę bezpieczeństwa informacji poprzez m.in. zawieranie odpowiednich postanowień w regulaminie pracy, w umowach o pracę, w umowach o zakazie konkurencji zawieranych z pracownikami oraz umowach o zachowaniu poufności zawieranych z podmiotami współpracującymi, podwykonawcami. Powyższe stanowi więc o spełnieniu wymogu z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który nakazuje podjęcie niezbędnych działań, mających na celu zachowanie poufności informacji. Tym samym Izba stwierdziła, iż na skutek wypełnienia przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, brak jest podstaw do odtajnienia wyjaśnień konsorcjum 4pi. Tak więc zarzut odwołującego nie potwierdził się.

Zarzut rażąco niskiej ceny nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, jak wynika z Protokołu postępowania (Druk ZP-PN – pkt 1), szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego na kwotę 4 638 000,00 zł netto (kwota ta została podana w ogłoszeniu o zamówieniu – sekcja II, pkt II.2.1) i 5 704 740,00 zł brutto.

W postępowaniu złożono dwie oferty, tj. jedna złożona przez wykonawcę konsorcjum 4pi na kwotę 1 395 066,00 zł brutto oraz druga złożona przez odwołującego na kwotę 4 833 900,00 zł brutto.

Zamawiający, pismem z dnia 20 lutego 2014 r., wezwał konsorcjum 4pi do udzielenia wyjaśnień czy oferta zawiera rażąco niską cenę, żądając przy tym udzielenia wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty złożonej przez wykonawcę (konsorcjum 4pi) w tym postępowaniu oraz przedstawienia szczegółowego wykazu przedmiotowych składników cenotwórczych, uwzględniając to czy zaoferowana cena będzie miała wpływ na utrzymanie wymaganej przez zamawiającego jakości z uwzględnieniem pozycji ujętych w załączonej przez zamawiającego tabeli.

Konsorcjum 4pi, w odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 26 lutego 2014 r. udzieliło wyjaśnień, wskazując iż oferowana cena obejmuje realizację pełnego zakresu zamówienia oraz uwzględnia wszystkie wymagania zamawiającego zamieszczone w SIWZ oraz potwierdzane w udzielnych odpowiedziach, dodając i z konsorcjum uwzględniło

wszystkie czynniki kosztowe, jak również ryzyko oraz zysk oraz podając sposób skalkulowania ceny i zastrzegając te informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (str. 3-11 wyjaśnień).

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się ofertę z ceną niewiarygodną i nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Punktem odniesienia dla oceny, czy cena jest rażąco niska, jest przedmiot zamówienia i jego wartość. Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości zamówienia, powiększonej o podatek VAT, zawiera rażąco niską cenę. Ceny te należy bowiem odnieść także do cen ofert złożonych w danym postępowaniu, gdyż to one właśnie odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w tych samych warunkach gospodarczych. A ponadto nie istnieje, i nie można na żadnej podstawie ustalić poziomu różnicy pomiędzy cenami ofert, aby od jej przekroczenia można było mówić o cenie rażąco niskiej. Samo stwierdzenie różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny którejs z ofert. Niemniej jednak każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz jego wartość należy rozpatrywać indywidualnie. W niniejszym stanie faktycznym – co jest bezspornym - cena zaoferowana przez konsorcjum 4pi znacząco odbiega od szacunkowej wartości zamówienia. Cenę zaoferowaną przez konsorcjum 4pi należałoby odnieść także do cen zaoferowanych w tym postępowaniu przez innych wykonawców. Jednak w tym stanie faktycznym punktem odniesienia do takiej oceny, a więc czy wystąpił przypadek zaoferowania rażąco niskiej ceny, nie mogą być ceny zawarte w ofertach innych wykonawców, gdyż w tym postępowaniu złożone zostały tylko dwie oferty, w tym oferta odwołującego. A ponadto szacunkowa wartość zamówienia bez VAT została podana przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i była znana wszystkim wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Trudno jest zatem dokonać obiektywnej oceny cen zaproponowanych przez wykonawców w tym konkretnym postępowaniu, gdyż nie można tego zweryfikować w odniesieniu do innych ofert.

Niemniej jednak cena nawet znacząco odbiegająca od szacunkowej wartości zamówienia, czy cen innych wykonawców nie musi być ceną rażąco niską o ile wezwany do wyjaśnień wykonawca jest w stanie udowodnić prawdziwość podanych w ofercie elementów cenotwórczych. To bowiem wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wykazać co spowodowało obniżenie ceny oraz w jakim stopniu wskazane przez niego elementy ceny na to wpłynęły. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem

potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Nie jest przy tym wystarczającym złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, ale wyjaśnień odpowiednio umotywowanych i przekonywujących, iż zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską. W tym stanie faktycznym zamawiający wystosował do konsorcjum 4pi wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a konsorcjum 4pi, odpowiadając na powyższe, (pismem z dnia 26 lutego 2014 r.), udzieliło bardzo szczegółowych i spójnych wyjaśnień.

Z treści art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wynika, iż zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub, jeśli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający może więc odrzucić ofertę tylko w dwóch sytuacjach:, tj. jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli ocena dokonanych wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odrzucenie oferty w sytuacji złożenia wyjaśnień możliwe jest wyłącznie wtedy gdy ocena wyjaśnień wraz z dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Natomiast w tym stanie faktycznym nie można uznać, że wyjaśnienia złożone przez konsorcjum 4pi potwierdziły zarzut rażąco niskiej ceny. Przeciwnie, jednoznacznie z nich wynika, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę rażąco niską nie jest. Wyjaśnienia te – jak już wyżej wskazano – są obszerne i spójne. Zawierają bowiem zarówno szczegółowe odniesienie do przesłanek wyspecyfikowanych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp a więc okoliczności, które zamawiający zobowiązany jest wziąć pod uwagę, oceniając wyjaśnienia wykonawcy (w tym przypadku konsorcjum 4pi), jak i tabele wypełnione zgodnie z żądaniem zamawiającego, a zawierające podstawowe składniki cenotwórcze (role, liczbę osób w danej roli, liczbę roboczodni, stawkę za roboczogodzinę, wartość, łączną wartość) (str. 8-10 wyjaśnień) oraz tabelę zawierającą szczegółowy sposób kalkulacji ceny dla tego zamówienia (tabela ta zawiera m.in. szacowaną liczbę godzin, koszty godziny pracy oraz marżę) (str. 11 wyjaśnień) i odnoszący się do nich opis.

Podkreślić przy tym należy, iż sam zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę swobodnego ustalenia ilości roboczogodzin koniecznych do realizacji przedmiotowego zamówienia. Nie był bowiem w stanie – jak podniósł na rozprawie - sprecyzować koniecznego od konsultantów (ekspertów) nakładu pracy. Przykładowo wskazać należy, iż zamawiający odpowiadając na pytanie nr 23 podał, iż „na obecnym etapie projektu zamawiający nie ma możliwości oszacowania liczby dni przeznaczonych na testy poszczególnych komponentów”. Nie potrafił także oszacować liczby zespołów ani określić liczby ich spotkań. Także przygotowany przez niego szacunek wartości zamówienia – co konsekwentnie podkreślał - był zawyżony. Zamawiający wymagał wynagrodzenia ryczałtowego, nie narzucając przy tym wykonawcom sposobu zatrudnienia ekspertów do realizacji tego zamówienia. Pozostawił to wykonawcom. Nie ograniczył także liczby osób

przypisanych do określonych ról, wskazując jedynie w projekcie umowy, iż wykonawca zobowiązany jest zapewnić na potrzeby tej realizacji minimum jedną osobę dedykowaną do każdej ze wskazanych przez niego ról, dopuszczając również możliwości łączenia określonych ról (np. „jedna osoba może pełnić maksymalnie dwie role”). Dlatego też konsorcjum 4pi, kalkulując cenę oferty, przyjęło iż eksperci będą wynagradzani w zależności od ich zaangażowania w trakcie realizacji zamówienia, a więc będą wynagradzani wyłącznie za faktycznie wykonaną pracę i nie będą zatrudnieni na podstawie umowy o pracę. Wskazane w treści wyjaśnień stawki godzinowe ekspertów są rzeczywiście różne i nie odbiegają one od stawek rynkowych, w tym wskazanych w treści opinii. Natomiast przedłożona przez odwołującego opinia oparta jest na założeniu zatrudnienia ekspertów na podstawie umowy o pracę i pozostawianiu przez wszystkich ekspertów przez cały okres realizacji zamówienia w gotowości do pracy. Podczas gdy zamawiający takiego wymogu (co do zatrudnienia) nie stawiał. Wykonawca zobowiązany był bowiem utrzymywać przez cały okres realizacji zamówienia trwałość zespołu (ciągłość obsługi), a nie utrzymywać w pełnym wymiarze godzin, a tym samym wynagradzać przez cały okres realizacji zamówienia wszystkich ekspertów. A ponadto przyjęte przez wykonawcę konsorcjum 4pi nakłady pracy ekspertów (str. 9, 10 wyjaśnień) są większe niż przewidziane przez zamawiającego (str. 2 szacunku wartości zamówienia).

Niezależnie od powyższego podkreślić należy, iż realizowany projekt – co zgodnie podkreślały strony i uczestnik postępowania - ma charakter innowacyjny. Jest projektem, jaki dotychczas na terenie RP nie był realizowany. Przedmiotem zamówienia są bowiem usługi doradztwa o nieokreślonej pracochłonności, które – jak słusznie podniósł przystępujący (konsorcjum 4pi) – w przeważającej mierze zależą od kwalifikacji osób zaangażowanych w ich realizację oraz wydajności i organizacji pracy zespołu świadczącego usługę, a więc opierają się na posiadanym przez danego wykonawcę doświadczeniu i jego *know-how*.

Reasumując stwierdzić należy, iż zarzut rażąco niskiej ceny nie potwierdził się. Wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę są rzeczywiście szczegółowe i nie dają podstaw do stwierdzenia, że cena oferty konsorcjum 4pi jest rażąco niska.

Zarzut czynu nieuczciwej konkurencji (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji „czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku (...)”. Tak więc czynem nieuczciwej konkurencji jest sprzedaż poniżej kosztów własnych, poniesionych przez sprawcę czynu, a więc sprzedaż ze stratą. W

tym stanie faktycznym, jak wynika z treści szczegółowych wyjaśnień udzielonych przez konsorcjum 4pi, wykonawca ten nie zaoferował realizacji usługi poniżej kosztów jej wytworzenia. Uzasadnił opłacalność realizacji, zastosowanych marż, jak i uwzględnionych w kalkulacji kosztów. I tak np. w tabeli zawartej na stronie 11 wyjaśnień podał szczegółową kalkulację usługi, wskazując m.in. na wysokość przewidywanej marży handlowej. Tak więc niski koszt wyrobu finalnego będący efektem określonych okoliczności (wskazanych szczegółowo w treści wyjaśnień tego wykonawcy) nie może stanowić podstawy do zastosowania art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nawet jednak gdyby sytuacja taka miała miejsce, a w niniejszym stanie faktycznym ona niewątpliwie nie występuje, to koniecznym byłoby także wykazanie, że konsorcjum 4pi poprzez zaoferowanie ceny na określonym poziomie, działało w celu eliminacji innego przedsiębiorcy, *„czyli dla zajęcia jego miejsca na rynku, a w konsekwencji stworzenia sobie w przyszłości warunków umożliwiających dyktowanie klientom cen i/lub innych warunków umów”* („Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz” pod red. prof. dr hab. Janusz Szwaja, Warszawa 2006). Koniecznym byłoby więc udowodnienie, że sprzedaż przedmiotowej usługi za oferowaną cenę byłaby przyczyną negatywnego wyniku działalności każdego z przedsiębiorców działającym w określonym branży. Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone przez strony oraz uczestnika postępowania na rozprawie, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący: