

WYROK
z dnia 7 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 kwietnia 2018 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę **Mera-Serwis SGL Sp. z o.o. S.K.A., ul. Langiewicza 16; 05-825 Grodzisk Mazowiecki**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Szybka Kolej Miejska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 125/127; 02-017 Warszawa**,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Mera-Serwis SGL Sp. z o.o. S.K.A., ul. Langiewicza 16; 05-825 Grodzisk Mazowiecki**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Mera-Serwis SGL Sp. z o.o. S.K.A., ul. Langiewicza 16; 05-825 Grodzisk Mazowiecki**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego **Mera-Serwis SGL Sp. z o.o. S.K.A., ul. Langiewicza 16; 05-825 Grodzisk Mazowiecki** na rzecz zamawiającego **Szybka Kolej Miejska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 125/127; 02-017 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 (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Szybka Kolej Miejska, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Instalacja 78 szt. biletomatów w taborze SKM oraz ich pełna obsługa przez okres 4 lat*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE, pod nr 2017/S 242 - 504907 z dnia 16 grudnia 2017 r.

Dnia 9 kwietnia 2018 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 19 kwietnia 2018 roku wykonawca Mera-Serwis SGL Sp. z o.o. S.K.A. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, tj.:

- 1) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Systemy Pobierania Opłat Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „*Wykonawca lub Systemy Pobierania Opłat*”,
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi, iż zawiera rażąco niską cenę,
- 3) zaniechanie odtajnienia treści wyjaśnień wykonawcy lub jego części, co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień składanych w zakresie rażąco niskiej ceny,
- 4) zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia dokumentu potwierdzającego, że nie zachodzą wobec wykonawcy podstawy wykluczenia,
- 5) nierównego traktowania uczestników ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, a co za tym idzie naruszenie zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp,
- 6) zaniechania dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Systemy Pobierania Opłat pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę, wobec czego powinna zostać odrzucona,

2) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez podejmowanie przez zamawiającego czynności w postępowaniu, które naruszają zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę zachowania uczciwej konkurencji poprzez uznanie, że wyjaśnienia Systemów Pobierania Opłat potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 i §9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126) poprzez zaniechanie wezwania Systemów Pobierania Opłat do złożenia

dokumentu potwierdzającego, że nie zachodzą wobec wykonawcy podstawy wykluczenia - informacji z KRK, o której mowa w pkt 7.2.6. s.i.w.z. odnośnie (...), działającego jako prokurent spółki,

4) art. 96 ust. 3 i art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.), zwana dalej „u.z.n.k” poprzez zaniechanie uznania przez zamawiającego za bezskuteczne dokonanego przez Systemy Pobierania Opłat zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w składanych dokumentach, a w konsekwencji zaniechanie ujawnienia treści wyjaśnień wykonawcy lub jego części, co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień składanych w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy przedmiotowe dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 przywołanej ustawy, a ich utajnienie ma na celu jedynie utrudnienie uczciwej konkurencji w postępowaniu,

5) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej, która jest ofertą niepodlegającą odrzuceniu, spełniającą wszystkie warunki udziału w postępowaniu oraz nieprzekraczającej kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- merytoryczne rozpoznanie oraz uwzględnienie odwołania,
- nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny,
- nakazanie zamawiającemu dokonanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Systemy Pobierania Opłat, która zawiera rażąco niską cenę,
- nakazanie zamawiającemu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez odwołującego.
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z akt (dokumentów) postępowania przetargowego przedłożonych przez zamawiającego, tj.: s.i.w.z. oraz innych dokumentów wskazanych przez odwołującego w treści odwołania w zakresie tam wskazanym (w szczególności wyjaśnień złożonych przez Systemy Pobierania Opłat) w celu wykazania okoliczności uzasadniających wniesienie odwołania i poparcia twierdzeń podniesionych przez odwołującego.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że wskazane w odwołaniu niezgodne z prawem czynności zamawiającego przejawiające się w m.in. bezzasadnym uznaniu, że wykonawca Systemy Pobierania Opłat wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a co za tym idzie zaniechaniu odrzucenia oferty tego wykonawcy doprowadziło do wyboru oferty najkorzystniejszej, która winna zostać „wyeliminowana” z postępowania w istocie pozbawiają

odwołującego realnej możliwości uzyskania zamówienia, który złożył ważną, tj. niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Tym samym odwołujący poniósł szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z zamówieniem. Powyższe wskazuje, że zostały spełnione przesłanki wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której w części uwzględnił zarzuty odwołania, tj. zamawiający uwzględnił zarzut z pkt. 3 odwołania. W pozostałym zakresie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący podniósł, iż w trakcie badania i oceny ofert zamawiający pismem z dnia 21 lutego 2018 r. wezwał Systemy Pobierania Opłat (SOP) do złożenia na podstawie art. 90 ust. 1, 1a oraz 2 ustawy Pzp wyjaśnień czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Cena całkowita oferty SOP jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, jak również średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Całkowita cena oferty SOP wynosi jedynie 46,5 % prawidłowo oszacowanej przez zamawiającego kwoty zamówienia oraz jest niższa o 50,2% od średniej wartości ofert pozostałych oferentów. Odwołujący podkreślił, iż od wielu lat działa aktywnie na konkurencyjnym rynku dostawy i obsługi biletomatów dla sektora transportu publicznego. Do chwili obecnej podmioty z Grupy Mery dostarczyły blisko 5.000 biletomatów, co z racji skali działalności w tym zakresie daje możliwość wynegocjowania przez Mera-Serwis

szczególnych warunków cenowych u poddostawców komponentów do produkcji biletomatów jak i usług im towarzyszących (efekt skali). Dodatkowo odwołujący może wykorzystywać efekt skalowalności swojej działalności tzn. nie ponoszenia kosztów stałych dla obsługi kolejnych kontraktów, a jedynie kosztów zmiennych takich jak dodatkowe roboczogodziny obsługi serwisowej, informatycznej, etc. Dlatego w ocenie odwołującego, poziom cenowy przez niego zaoferowany wspólnie z ofertą kolejnego wykonawcy (Mennica Polska) oraz kwotą jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia wyznacza racjonalny, rynkowy i realny koszt realizacji zamówienia.

Wobec powyższego, w ocenie odwołującego oferta SOP jest ofertą abstrakcyjną, nierealną i oderwaną od rzeczywistych kosztów realizacji wszystkich czynności składających się na przedmiot zamówienia.

Nadto odwołujący podniósł, iż zamawiający pismem z dnia 15 marca 2018 r., w nawiązaniu do wezwania przedstawienia wyjaśnień z dnia 21 lutego 2018 r. oraz wyjaśnień z dnia 6 marca 2018 r. zwrócił się do SOP o przedstawienie dodatkowych informacji.

Wykonawca w dniu 23 marca 2018 r. złożył wyjaśnienia, które zostały w całości objęte przez SOP tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zdaniem odwołującego, kierowanie ponownego wezwania w takiej sytuacji nie tylko godziłoby w prawa innych wykonawców, ale również prowadziłoby do przewlekłości postępowania o udzielenie zamówienia. Jednak w sytuacji, gdy wezwanie zamawiającego było niejasne lub miało charakter ogólny, skutkiem czego wyjaśnienia wykonawcy nie są dostateczne, zamawiający może zadać dodatkowe pytanie.

Odwołujący wskazał, iż z treści pisma skierowanego przez zamawiającego do SOP wyraźnie wynika, iż SOP nie uwzględnił w swojej kalkulacji, a w konsekwencji i wyjaśnieniu złożonym w piśmie z dnia 06.03.2018 r. tak istotnych elementów wpływających na cenę oferty jak: koszt montażu i demontażu urządzeń, koszty administracyjne, koszty opisane w s.i.w.z. polegające na współpracy z ZTM i zamawiającym i pozostałe koszty wymienione w piśmie zamawiającego z dnia 15.03.2018 r.

W ocenie odwołującego powyższe może rodzić uzasadnione wątpliwości co do rzetelności wyceny i przedstawionych wyjaśnień. Odwołujący podkreślił, że analiza ceny oferty SOP prowadzi do podstawowego wniosku, iż w SOP w przedstawionej wycenie nie uwzględnił całego zakresu przedmiotu zamówienia.

Zdaniem odwołującego, na pokrycie kosztu wyprodukowania, dostawy, serwisowania biletomatów oraz uzyskania rynkowej marży, tj. kosztu istotnej części składowej całości zamówienia, podwykonawca uzyska 17.165 złotych netto/szt. Średnia cena biletomatu oferowanego przez SOP dla ww dostaw, zrealizowanych około 18 miesięcy przed terminem składania ofert dla SKM wynosiła 25.400 złotych netto. Cena 17.165 PLN jest

o ponad 30% niższa od ceny zaoferowanej dla dostawy 108 szt. biletomatów. Po przyjęciu ceny 25.400 dla 78 sztuk będących przedmiotem zamówienia uzyskujemy wartość dostawy netto na poziomie 1.981.200 złotych netto, a więc nie tylko większą od wartości części, którą SOP zamierzają powierzyć podwykonawcy Macro-System, ale również większą od wartości całej oferty SOP, która winna uwzględniać również koszty czynności, wykraczających poza zakres podwykonawstwa Macro-System, takie jak: demontaż dotychczasowych biletomatów, sprzedaż operatorską biletów, w tym pokrywanie kosztów prowizji agenta rozliczeniowego oraz papieru biletowego, zapewnienie łączności z biletomatami, kosztów bieżącej współpracy z ZTM i zamawiającym (SKM), w tym rozliczeń i uzgodnień rachunkowych, także z agentem rozliczeniowym. Zgodnie z najlepszą wiedzą odwołującego oraz wiedzą dostępną na rynku dostaw urządzeń elektronicznych, biletomatów, etc. w ostatnich kilku latach, w tym na pewno od 2016 roku nie została opracowana specjalna technologia lub technika wytwarzania komponentów biletomatów, która uzasadniałaby tak drastyczny spadek cen wytworzenia.

Nadto odwołujący wskazał, iż skala jego działania na obszarze aktywności zamawiającego (M.st. Warszawa i okolice), jest znacząco większa niż SOP, co pozwala odwołującemu na uzyskanie efektu skali, tj. zakupu komponentów i usług oraz zminimalizowaniu kosztów obsługi w przeliczeniu na jedno urządzenie. Odwołujący jest bezpośrednim operatorem w zakresie sprzedaży biletów ZTM w Warszawie na ponad 1.500 biletomatach, które cechami fizycznymi i funkcjonalnymi odpowiadają specyfikacji zgłoszonej przez zamawiającego (SKM). Dodatkowo odwołujący dostarczył dla operatorów transportu publicznego biletomaty (o w/w cechach) w ilości ponad 200 szt, przy czym na części z nich również prowadzi sprzedaż operatorską. Według wiedzy odwołującego, SOP dostarczył i ewentualnie prowadzi sprzedaż operatorską na biletomatach (odpowiadających lub zbliżonych do w/w) w ilości około 5- krotnie mniejszej. Usługa utrzymania biletomatów jest świadczona dla ilości identycznej dla przedmiotu obecnego zamówienia, tj. 78 szt. Okres realizacji zamówienia jest zbliżony do okresu będącego przedmiotem obecnego postępowania, a więc warunki ww postępowania są bardzo zbliżone do przedmiotu obecnego zamówienia, z nielicznymi wyjątkami.

Zdaniem odwołującego miesięczny koszt netto utrzymania 78 biletomatów, w ramach dotychczas świadczonej obsługi przez SOP na rzecz zamawiającego, wynosi 99.335,98 PLN netto, a wartość odniesiona do utrzymania 78 szt. w okresie 4 lat wynosi blisko 4,8 mln złotych netto, co jest kwotą ponad 2,8 krotnie większą niż obecna oferta złożona przez SOP.

W ramach ceny oferty wykonawca zobowiązany jest ponosić wszelkie koszty związane z obsługą biletomatu, w tym m.in, koszty prowizji agenta rozliczeniowego od transakcji dokonywanych przy użyciu kart płatniczych, papieru biletowego oraz łączności GSM, co zamawiający doprecyzował w odpowiedziach na pytania wykonawców do s.i.w.z.,

w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący wskazał te pozycje, gdyż w przeciwieństwie do utajnionych wyjaśnień SOP, ww pozycje są dość łatwe do skalkulowania i zweryfikowanie w zakresie cen możliwych do uzyskania na rynku.

Mając na uwadze wybrane jedynie nieliczne elementy spośród wszystkich czynności, do których realizacji zobowiązany będzie wykonawca w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia, w ocenie odwołującego kalkulacja oferty dokonana przez SOP jest niedoszacowana, a w konsekwencji nie uwzględnia całego zakresu przedmiotu zamówienia.

Zdaniem odwołującego, przy uwzględnieniu wyłącznie oczywistych kosztów wynikających z założeń przedstawionych przez zamawiającego, na bardzo minimalnym poziomie, tj.:

- 10% marży, która jest wyjątkowo niskim wskaźnikiem dla tego rynku, dodatkowo przy uwzględnieniu konieczności poniesienia kosztów na początku kontraktu, a uzyskiwaniu przychodów przez okres 48 miesięcy,

- przyjęciu średniej wartości prowizji agenta rozliczeniowego na poziomie uśrednionym między danymi historycznymi a szacunkami Zamawiającego co do przyszłości,

- bardzo niskim koszcie pozyskania papieru biletowego oraz kart SIM/GSM,

- zatrudnieniu do realizacji kontraktu wyłącznie dwóch osób (lub ekwiwalentu dwóch etatów) za wynagrodzeniem w wysokości 1,5 minimalnego wynagrodzenia (w ocenie odwołującego, mając na uwadze obowiązek całodobowej gotowości i obsługi serwisowej z powodzeniem można byłoby przyjąć minimum 3 osoby, za wynagrodzeniem przynajmniej 2-krotnie wyższym niż wartość minimalna, gdyż obsługa techniczna urządzeń wymaga wiedzy na poziomie inżynierskim - w dokumencie, będącym elementem oferty SOP, Macro-System wskazuje 5 osób dedykowanych do obsługi kontraktu),

uzyskujemy, nierealną cenę za wykonanie 78 szt. biletomatów (cena za 1 urządzenie jest na poziomie ponad dwukrotnie niższym niż rynkowa). Biorąc pod uwagę obiektywne czynniki i koszty, które w dużym stopniu pozostają poza znaczącym wpływem wykonawców (stawka minimalnego wynagrodzenia, koszty prowizji agenta rozliczeniowego, koszt papieru przygotowany zgodnie z wytycznymi Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie) nie ma możliwości wykonania biletomatów (a co za tym idzie zamówienia) w tak nierealnej i nieracjonalnej cenie.

Pomimo, że uproszczona kalkulacja nie uwzględnia takich kosztów, niezbędnych do poniesienia jak: utrzymanie infrastruktury niezbędnej do łączności biletomatów z systemem centralnym, kosztów dojazdów, pojazdów służb serwisowych, kosztów prac programistycznych, których obowiązek nakłada zamawiający w s.i.w.z. zgodnie z zapotrzebowaniem ZTM Warszawa, kosztów finansowych, w tym kosztów pieniądza na sfinansowanie inwestycji, kosztów kredytowania sprzedaży biletów, kosztów gwarancji wykonania umowy, kosztów utrzymania biura, łączności telefonicznej, obsługi zgłoszeń, kosztów ogólnoadministracyjnych, kosztów utrzymania i zarządzania buforem serwisowym

i magazynowym, ryzyk związanych z ewentualnymi karami wynikającymi z niewykonania obowiązków umownych, ryzyk związanych ze wzrostem sprzedaży biletów w pojazdach zamawiającego, co skutkować będzie zwiększonymi kosztami agentów rozliczeniowych oraz papieru biletowego, kosztów przygotowania i uzgadniania raportów sprzedażowych, kosztów obsługi reklamacji zgłaszanych przez zamawiającego i jego klientów, obliczony poziom ceny jednego biletomatu jest już nierealny i nie oparty o warunki uczciwej konkurencji rynkowej.

Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek utajnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako poufne, jeżeli wykonawca wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. A contrario w sytuacji, w której wykonawca zastrzegł tajność określonych informacji, ale nie wykazał iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa zamawiający będzie zobowiązany do ich odtajnienia.

Mając na uwadze, iż składane przez SOP wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny zostały w całości objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, w ocenie odwołującego uprawnionym jest przyjęcie, iż faktycznym powodem zastrzeżenia ww. wyjaśnień przez SOP nie była chęć i potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do maksymalnego utrudnienia konkurencji, w tym odwołującemu, weryfikacji jego oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. W konsekwencji, poprzez bezprawne zastrzeżenie wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa SOP chce uniemożliwić innym wykonawcom sprawdzenie, czy faktycznie uczynił zadość obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Mając na uwadze treść uzasadnienia, w przedmiocie zastrzeżenia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa złożonego przez SOP odwołujący wskazał, iż decyzja o utajnieniu poszczególnych informacji nie może wynikać ze swobodnego uznania wykonawcy co do takiej możliwości, musi opierać się na obiektywnie uzasadnionym przekonaniu, że dana wiadomość nie jest publicznie znana, jej ujawnienie zagraża istotnym interesom przedsiębiorcy oraz że wiadomość ta może być uważana za poufną w świetle zwyczajów i praktyki danej branży lub zawodu. Na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania już na etapie składania zastrzeżonych informacji, spełnienia wszystkich przesłanek warunkujących uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Obowiązek "wykazania" oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 u.z.n.k. i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki. Z uwagi na przywołaną argumentację, w ocenie odwołującego, z uwagi ogólny i lakoniczny charakter złożonego przez SOP uzasadnienia o objęciu tajemnicą przedsiębiorstwa składanych wyjaśnień w przedmiocie

rażąco niskiej ceny, odwołujący stwierdził, iż SOP nie udźwignęły ciężaru prawidłowego wykazania, że przedkładane przez niego dokumenty podlegają utajnieniu.

W ocenie odwołującego zaniechanie uznania przez zamawiającego za bezskuteczne dokonane przez SOP zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w składanych dokumentach, a w konsekwencji zaniechanie ujawnienia treści wyjaśnień SOP lub jego części, co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień składanych w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy przedmiotowe dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 przywołanej ustawy, stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp, a ich utajnienie ma na celu jedynie utrudnienie uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut nr 1 – dotyczący naruszenia przepisów art. 91 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Systemy Pobierania Opłat pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę, wobec czego powinna zostać odrzucona, Izba uznała za bezzasadny.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający prawidłowo przeprowadził czynności badania i oceny złożonej przez SPO oferty, w szczególności w zakresie badania pod kątem ustalenia czy złożona przez SPO oferta zawiera rażąco niską cenę.

Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, „Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: (...)”.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający powziął wątpliwość, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunkami, dlatego też zwrócił się do SPO, w trybie przepisu art. 90 ust. 1, 1a i 2 ustawy Pzp, o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, w zakresie kwot jednostkowych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej usługi. Z uwagi na okoliczność, iż charakter wynagrodzenia w tym postępowaniu został określony przez zamawiającego, jako ryczałtowy, wykonawcy nie mieli obowiązku załączania do oferty dodatkowych kalkulacji czy kosztorysów. Dlatego też wezwanie zamawiającego miało na tyle ogólny charakter, na ile pozwalały w tym względzie przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych.

W wyznaczonym przez zamawiającego terminie, wykonawca SPO złożył stosowne wyjaśnienia, do których załączył dowody.

W wyniku otrzymanych przez zamawiającego wyjaśnień wykonawcy SPO, zamawiający oceniając ich treść, doszedł do przekonania, iż otrzymane wyjaśnienia pozwalają na uszczegółowienie wątpliwości zamawiającego co do podejrzenia złożenia oferty przez SPO zawierającej rażąco niską cenę, dlatego też w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zwrócił się do tego wykonawcy o doprecyzowanie już wcześniej przekazanych wyjaśnień o pewne elementy niezbędne do podjęcia prawidłowej czynności zamawiającego.

Wykonawca takie wyjaśnienia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie przesłał.

Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1a pkt 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Zamawiający zaś, zobligowany jest do odrzucenia oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 1a pkt 3 ustawy Pzp).

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej przepisy stanowiące obowiązek wezwania przez zamawiającego wykonawcy, którego oferta, a w szczególności, której cena oferty budzi podejrzenie, co do jej racjonalności, czyli że może zawierać cenę rażąco niską, co do zasady są przepisami jednokrotnego zastosowania. Okoliczność taka wynika bowiem z obowiązku przeniesionego na wykonawcę, co do wykazania, w tym dowodowego, że złożona przez wezwanego wykonawcę oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Niemniej, wskazać należy, iż w określonych sytuacjach, w tym występujących w przedmiotowym postępowaniu, zamawiający może, a wręcz powinien odstąpić od ww zasady, albowiem dopiero w wyniku drugiego i kolejnych wezwań czynionych przez zamawiającego, może w sposób prawidłowy ustalić, czy wykonawca złożył ofertę z ceną rażąco niską, czy wręcz przeciwnie. Uprawnienie takie, czy można wręcz wskazać obowiązek zamawiającego wynika z sankcyjnego charakteru czynności oceny oferty pod kątem zaoferowania ceny rażąco niskiej, albowiem tylko zupełna i prawidłowa ocena oferty może usankcjonować jej odrzucenie na podstawie przepisu art. 90 ust. 1a pkt 3 lub art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Z okoliczności przedmiotowej sprawy wynika, iż zamawiający dwukrotnie wzywał wykonawcę SPO do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej. W ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu takie działanie zamawiającego uznać należało za racjonalne i prawidłowe. Wskazać bowiem należy, jak to już wcześniej podnosiła Izba, iż ze względu na fakt, że cena w ofercie była prezentowana ogólnie, jako całość, to zamawiający, aby prawidłowo ustalić elementy, które mogłyby wzbudzić jego zastrzeżenia co do wyceny, zobligowany był w pierwszym wezwaniu ogólnie zobowiązać wykonawcę do przedstawienia newralgicznych elementów wyceny oferty, a po ich wskazaniu i opisaniu, zamawiający mógł zwrócić się do tego wykonawcy o doprecyzowanie wyjaśnień i złożenie dowodów. I tak też się stało w tym postępowaniu. Co istotne i warte zastrzeżenia to fakt,

iż tylko w przypadku, gdy cena ofertowa jest ogólna, a sama oferta nie posiada dodatkowych elementów w postaci kosztorysów, tabel z elementami wyceny, czy innych tego typu uszczegóławiających informacji, możliwe jest wielokrotne wzywianie wykonawcy do składania wyjaśnień. W przypadku zaś, gdy z treści oferty da się ustalić i wyodrębnić cenę za dany element, który może budzić wątpliwości zamawiającego, to uznać należy, że wezwanie do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej, winno mieć charakter jednoetapowy, albowiem zamawiający od początku będzie potrafił zdefiniować obszar swoich wątpliwości, a wykonawca będzie zobligowany do wykazania i udowodnienia zamawiającemu, iż cena w ofercie nie jest ceną rażąco niską.

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę, Izba stwierdziła, iż zarzuty odwołującego dotyczące wadliwości czynności zamawiającego charakteryzujące się możliwością dwukrotnego wzywania wykonawcy SPO do wyjaśnień RNC, uznać należało za bezzasadne.

Ponadto, jak słusznie wskazał zamawiający, dyrektywa 2014/24/UE (a także dyrektywa 2014/25/UE) w zakresie wyjaśnień odnoszących się do rażąco niskiej ceny posługuje się pojęciem „negocjacje” - co pozwala przyjąć, że wezwania w tym zakresie mogą być kierowane do wykonawcy wielokrotnie celem uzyskania wyczerpujących i satysfakcjonujących wyjaśnień w tym zakresie. Tym samym przepisy dyrektyw w tym zakresie posługując się pojęciami „negocjacje” wskazują, że z zasady wyjaśnienia mogą mieć wieloetapowy charakter oraz przebieg. Co więcej, nie tylko z przepisów dyrektywy 2014/24/UE, ale i z orzecznictwa TSUE wprost wynika, że zamawiający powinien dokonać oceny złożonych wyjaśnień w drodze konsultacji z wykonawcą. Z uwagi na charakter komunikacji pomiędzy wykonawcą i zamawiającym, która ma formę konsultacji, uznaje się, że zamawiający ma prawo do wielokrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w celu uzyskania odpowiedzi co do elementów oferty, które budzą wątpliwości zamawiającego. Tryb konsultacji ma bowiem na celu zapewnienie, że ustalenia czy oferta jest faktycznie rażąco niska, a w efekcie nie pozwala na prawidłowe wykonanie zamówienia, zostaną dokonane w sposób wyczerpujący i kompleksowy. Dodatkowo w orzecznictwie TSUE podkreśla się, że procedura wyjaśnienia oferty musi mieć charakter kontradyktoryjny, a instytucja zamawiająca powinna precyzyjnie określić, które części oferty budzą wątpliwości, a w konsekwencji rodzą podejrzenie, że oferta jest rażąco niska, tak aby zagwarantować, że wyjaśnienia będą kompletne (tak wyr. TSUE z 21.11.2001 r. w sprawach połączonych C-285/99 oraz C-286/99, pkt 43, 46; wyr. TSUE z 10.2.1982 r.).

Odnoszą się zaś do zarzutów odwołującego, iż zamawiający zaniechał odrzucenia oferty SPO z uwagi, iż zawiera rażąco niską cenę, stwierdzić należało, iż zarzut odwołującego jest bezzasadny. Izba oceniając treść złożonych przez wykonawcę SPO wyjaśnień wraz z dowodami stwierdziła, że są one zupełne, odnoszą się do wszystkich kluczowych kwestii związanych z wyceną usługi, odpowiadają w sposób pozytywny na wszystkie wątpliwości

zamawiającego, a dowody potwierdzają wykonanie prawidłowej kalkulacji ceny ofertowej. Z uwagi na okoliczność, iż treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę SPO została skutecznie zastrzeżona tajemnicą przedsiębiorstwa (TP), Izba nie ma możliwości do szczegółowego omówienia poszczególnych elementów złożonych wyjaśnień. Analogiczna sytuacja występuje również w odniesieniu do dowodu złożonego na rozprawie przez odwołującego, który również skutecznie zastrzegł treści tam prezentowane TP, stąd Izba nie ma możliwości do ich omówienia w przedmiotowym wyroku. Jedyne co Izba jest w stanie przekazać w wyniku porównania złożonych wyjaśnień oraz dowodu złożonego przez odwołującego to fakt, iż każdy z wykonawców (SPO czy odwołujący) w sposób zgoła odmienny skalkulował i przewidział metodę realizacji zamówienia przewidując ryzyka oraz koszty w iście zindywidualizowany i charakterystyczny dla danego wykonawcy sposób. Niemniej podnieść należy, że obydwie metody są w ocenie Izby prawidłowe, wyliczalne i co najważniejsze realne.

Zarzut nr 2 – dotyczący naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, Izba uznała za niezasadny.

W ocenie Izby, zamawiający prowadzi postępowanie w sposób transparentny, przy poszanowaniu zasad równego traktowania stron postępowania, uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności, a wybór oferty najkorzystniejszej dokonany został w zgodzie z obowiązującymi przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zarzut nr 3 – dotyczący naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 oraz §9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Izba pozostawiła bez rozpoznania. Okoliczność powyższa wynika z faktu, iż zamawiający przedmiotowy zarzut uwzględnił, i zarzut jako taki, który nie stanowi przedmiotu sporu, nie może być przez Izbę rozpoznawany.

Zarzut nr 4 – dotyczący naruszenia przepisów art. 96 ust. 3 i art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.), zwana dalej „u.z.n.k”, Izba uznała za bezzasadny.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca SPO w sposób prawidłowy dokonał czynności wykazania, iż treść wyjaśnień składanych zamawiającemu w zakresie RNC, stanowi prawnie strzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, iż treści zastrzeżone przez SPO dostępne są w powszechnym obrocie i każdy ma do nich wgląd. Ustawa nakłada na wykonawcę zastrzegającego określone informacje, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, obowiązek wykazania zamawiającemu zasadności wyłączenia

jawności informacji składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co sprowadza się do zaprezentowania okoliczności pozwalających na stwierdzenie wypełnienia przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wyjaśnienia, jako całość podlegają ocenie zamawiającego, na którym spoczywa odpowiedzialność za naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy.

W ocenie Izby, jak słusznie wskazał zamawiający, wykonawca SPO wykazał w swoim piśmie stanowiącym uzasadnienie dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz w wyjaśnieniach, że informacje przekazane przez niego posiadają wartość gospodarczą. Wykonawca wykazał także, że informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, oraz że sam przedsięwziął odpowiednie środki, w tym poprzez zawarcie w umowach o pracę klauzul poufności i wprowadzenie polityk bezpieczeństwa, aby zachować wiadomości te w poufności. Informacja „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa”, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznaną, ale nie będzie tajemnicą. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy inny przedsiębiorca (konkurent) dowiedzie się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano. Jednocześnie „tajemnica” nie traci zaś swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, którym przedsiębiorca powierza informację. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji powinno prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Odwołujący nie wskazał bowiem jakie braki zawiera żądane uzasadnienie - posługuje się jedynie generalnymi sformułowaniami, że nie mogą być to odczucia przedsiębiorcy lecz wykazanie realnych przesłanek zabezpieczenia. Odwołujący nie potrafił wskazać, jakich realnych przesłanek dla uznania trafności zastrzeżenia tajemnicy w uzasadnieniu SPO zabrakło. Odwołujący nie wskazuje, jakie z informacji, które znajdują się lub mogłyby się znajdować w wyjaśnieniach są na przykład, informacjami powszechnie znanymi, albo przynajmniej znanymi w ramach rynku, na którym wykonawcy działają wykazując, że np. odwołujący je zna. Wskazania takich szczegółowych informacji odwołujący mógłby dokonać, także poprzez odwołanie się do własnej oferty i kalkulacji ze wskazaniem, które z tych elementów nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i z jakich względów. Aby móc stwierdzić,

że zamawiający był zobowiązany do odtajnienia wyjaśnień, Odwołujący winien był wykazać, że przedstawione informacje nie miały waloru gospodarczego.

Zarzut nr 5 – dotyczący naruszenia przepisów art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała za bezzasadny.

Zarzut powyższy jest konsekwencją wcześniej stawianych zarzutów, a w związku z tym, iż w ocenie Izby nie potwierdził się żaden ze stawianych zarzutów odwołania, uznać należało jego niezasadność.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: