

Sygn. akt: KIO 1058/18

WYROK

z dnia 14 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 czerwca 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **28 maja 2018 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: **DGP Security Partner Sp. z o.o., z siedzibą w Katowicach, Derśław sp. z o.o., z siedzibą w Połańcu, DGP Provider Sp. z o.o., z siedzibą w Sopocie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **24 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Giżycku,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: **Solid Security sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie oraz Solid sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1 i nakazuje zamawiającemu: (i) odtajnienie wyjaśnień złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: Solid Security sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie oraz Solid sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie z dnia 10 maja 2018 r.; (ii) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (iii) odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum:**

Solid Security sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie oraz Solid sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie; (iv) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. **W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **24 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Giżycku i :**

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: **DGP Security Partner Sp. z o.o., z siedzibą w Katowicach, Derśław sp. z.o.o., z siedzibą w Połańcu, DGP Provider Sp. z o.o., z siedzibą w Sopocie** tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od **zamawiającego 24 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Giżycku** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: **DGP Security Partner Sp. z o.o., z siedzibą w Katowicach, Derśław sp. z.o.o., z siedzibą w Połańcu, DGP Provider Sp. z o.o., z siedzibą w Sopocie** kwotę **19.467 zł 00 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy czterysta sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania tj. 15.000 zł 00 gr., wynagrodzenia pełnomocnika tj. 3.6000 zł 00 gr. oraz kosztów dojazdu na rozprawę tj. 867 zł 00 gr.

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

W dniu 28 maja 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy konsorcjum firm: DGP Security Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, Derśław sp. z o.o., z siedzibą w Połańcu oraz GP Provider sp. z o. o., z siedzibą w Sopocie (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu 24 Wojskowemu Oddziałowi Gospodarczemu (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. S9 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp. poprzez: (i) wybór jako najkorzystniejszej oferty nie odpowiadającej treści SIWZ, zawierającej nieusuwalne niezgodności z SIWZ oraz błędy w jej treści w zakresie sposobu obliczenia ceny, zawartości merytorycznej oferty; (ii) zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Solid mimo, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, zawiera błędy w zakresie sposobu obliczenia ceny, błędy w zawartości merytorycznej oferty;
- 2) art. 38 ust. 4 ustawy Pzp w zw. treścią SIWZ w tym załącznika nr 1.1. do SIWZ poprzez dokonywanie niedopuszczalnej zmiany treści SIWZ, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, polegającej na próbie doprecyzowania, dopiero na etapie oceny ofert, treści SIWZ w szczególności załącznika nr 1.1 do SIWZ, nadanie zawartej w jego treści tabeli zbiorczej na lata 2018, 2019, 2020 charakteru pomocniczego, wobec pozostałych tabel zawartych w treści załącznika;
- 3) art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp, art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 419 dalej: „**UZNK**”) w zw. z art. 7 ust. 1 i ust 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art 14 ust 1 Pzp w zw. z art 58 k.c. poprzez błędną ocenę skuteczności zastrzeżenia przez Konsorcjum Solid jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, polegającą w szczególności na:
 - a) przyjęciu, że wyjaśnienia te podlegają utajnieniu, mimo iż: (i) Konsorcjum Solid nie wykazał, że zastrzegane przez niego informacje zawarte w załączniku do pisma z dnia 10 maja 2018 r. (data wpływu do zamawiającego 11 maja 2018 r.) mają walor tajemnicy

przedsiębiorstwa; (ii) Konsorcjum Solid podjął spóźnione i zmierzające do obejścia prawa próby takiego zastrzeżenia w piśmie z dnia 16 maja 2018 r.,

b) nieuzasadnionym utajnieniu tych dokumentów,

a w konsekwencji zaniechaniu odtajniania (ujawnienia) informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa zawartych w treści załącznika do pisma z dnia 10 maja 2018 r.,

- 4) 4) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art.89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustaw Pzp poprzez: (i) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Solid w sytuacji, gdy Konsorcjum Solid złożyło nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a przede wszystkim nie przedstawiło dowodów uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny i jej istotnych części składowych, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji (ii) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Solid mimo, iż oferta ta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 90 ust. 3 Pzp jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Solid, mimo iż Konsorcjum Solid nie udźwignęło spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym nie obaliło domniemania, że cena oferty jest rażąco niska;
- 5) art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp, w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawiało się poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu z uwagi na fakt, iż zawiera błąd w obliczeniu ceny, jej treść nie odpowiada treści SIWZ, a Konsorcjum Solid nie obaliło domniemania prawnego, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, utajnienia informacji i dokumentów, które nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o: (i) uwzględnienie odwołania w całości; (ii) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na ocenie ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Solid; (iii) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, a w tym: odtajnienie całości lub w odpowiedniej części wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Solid w trybie art. 90 ust. 1 w postaci załącznika do pisma Konsorcjum Solid z dnia 10 maja 2018 r.; (iv) odrzucenie oferty Konsorcjum Solid; (v) wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego; (vi) obciążenie kosztami postępowania

odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwoływającego kosztów zastępstwa prawnego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwoływający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest usługa ochrony fizycznej osób i mienia oraz monitoringu realizowana przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne, zwane dalej SUFO, w całodobowym systemie zmianowym, polegająca na bezpośredniej ochronie fizycznej, stałym dozorcze sygnałów przesyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych systemach i urządzeniach alarmowych, zgodnie z instrukcjami ochrony oraz innymi dokumentami opracowanymi na szczeblu jednostek wojskowych oraz realizacja ochrony po ogłoszeniu mobilizacji, wprowadzeniu stanu wojennego lub w czasie wojny. Usługi stanowiące przedmiot zamówienia realizowane są w jednostkach i instytucjach wojskowych zlokalizowanych na terenie administrowanym przez 24 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Giżycku w latach 2018-2020. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia przedstawiony jest w SIWZ.

Odnośniki odnoszą się do postawionych zarzutów Odwoływający wskazał, co następuje:

Ad. 1 i 2

Odwoływający wskazał, że zestawienie treści postanowień SIWZ z treścią przedłożonej przez Konsorcjum Solid oferty w szczególności z treścią załącznika nr 1.1. do SIWZ, załącznika nr 3 do umowy prowadzi do wniosku, iż oferta złożona przez Konsorcjum Solid wydaje się zawierać nieusuwalne błędy skutkujące jej odrzuceniem tj. nie odpowiada treści SIWZ oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny. Konsorcjum Solid nie zastosował się do wyraźniej instrukcji Zamawiającego co do sposobu obliczenia ceny, jaki i co do sposobu wypełnienia poszczególnych dokumentów składających się na treść oferty. Suma cen z poszczególnych lat ujętych w tabelach rocznych, nie daje w przypadku oferty Konsorcjum Solid tej samej wartości co działanie matematyczne wykonane przez zastosowanie się do treści kolumny 6 w tabeli zbiorczej na lata 2018, 2019, 2020 tj. iloczyn liczby godzin ochrony obiektu i ceny jednostkowej netto za godzinę ochrony obiektu.

W ocenie Odwoływającego powyższe prowadzi do wniosku, iż oferta Konsorcjum Solid zawiera dwie różne ceny jednostkowe za ten sam przedmiot zamówienia albowiem liczba godzin ochrony obiektu zawarta w zestawieniu zbiorczym odpowiada sumie liczby godzin ochrony obiektów z tabel w poszczególnych latach. Tożsamy jest również liczony termin ochrony w poszczególnych tabelach w rozbięciu na lata i termin realizacji zamówienia zawarty w tabeli zbiorczej na lata 2018, 2019, 2020. Konsorcjum Solid wyceniając tą samą usługę podało

dwie różne ceny jednostkowe - jedną w poszczególnych tabelach na dane lata, inną w tabeli zbiorczej. Powyższe ma istotne konsekwencje z uwagi na określony przez Zamawiającego system rozliczeń umowy w przypadku zmiany wysokości wynagrodzenia. Na końcu prezentacji argumentacji faktycznej i prawnej znajduje się tabela obrazująca całość przedstawionych poniżej wywodów.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp. Art 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp brzmi: niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Natomiast art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp reguluje odrzucenie oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

W ocenie Odwołującego Zamawiający w kilku miejscach SIWZ zawarł wyraźne wskazówki, co do tego w jaki sposób wykonawcy zobowiązani są przygotować ofertę. W rozdziale XIII pn. Opis sposobu przygotowania oferty oraz miejsce i termin składania ofert, Zamawiający zażądał od wykonawców złożenia formularza oferty wypełnionego i podpisanego według wzoru Zamawiającego. Ponadto w tym samym rozdziale Zamawiający jednoznacznie poinformował wykonawców, że: Wykonawca może złożyć jedną ofertę. (...) Na ofertę składają się następujące dokumenty:

- a. Formularz ofertowy - wypełniony i podpisany wg wzoru Zamawiającego (załącznik nr 1 do SIWZ);
- b. Zestawienie cenowe - wypełnione i podpisane wg wzoru Zamawiającego;

Powyższa informacja koreluje z treścią oświadczenia składanego przez wykonawców poprzez podpisanie formularza ofertowego, albowiem w treści Załącznika nr 1 do SIWZ str. 3: znajdziemy oświadczenie własne wykonawcy: na potwierdzenie spełnienia wymagań Zamawiającego, co do oferty załączam następujące dokumenty: (...) lit.; „c” formularz cenowy:

Natomiast we wzorze formularza cenowego pn. zestawienie cen przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1.1 do SIWZ (a następnie załącznik nr 3 do umowy) Zamawiający jednoznacznie informował wykonawców, że przewidział do wypełnienia tabele, w opisach poszczególnych kolumn w tabelach wskazał, jakie informacje ma zamieścić wykonawca oraz jakie działania matematyczne ma wykonać, których to wyniki ma zamieścić w treści

właściwego wiersza w tabeli m. in. Zamawiający wymagał podania ceny jednostkowej netto w PIN za godzinę ochrony obiektu, wartości netto w PLN, stawki VAT, cenę brutto, określając każdorazowo w każdej z tabel jakie działania matematyczne w oparciu o wprowadzone przez wykonawcę ceny jednostkowe i podane przez Zamawiającego ilości godzin ochrony obiektu, ma wykonać wykonawca wypełniając tabelę. Zamawiający przewidział również wypełnienie pozycji razem wartość netto jako sumy wartości netto poszczególnych pozycji w zestawieniu, analogicznie uczynił dla pozycji wartość brutto.

Dalej Odwołujący wskazał, że w rozdziale XIV SIWZ pn. Opis sposobu obliczenia ceny:

1. Cena ofertowa musi być podana w formie ryczałtu, za cały okres świadczenia usług. Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza, że cena ofertowa musi zawierać wszystkie koszty niezbędne do realizacji zamówienia wynikające wprost ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również inne koszty w niej nie ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia. Skutki finansowe jakichkolwiek błędów w policzeniu ceny obciążają Wykonawcę zamówienia. Wykonawca musi przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia. Wynagrodzenie Wykonawcy nie może ulec zwiększeniu, tzn. że leżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

2. Obliczając cenę ofertowa należy odnieść się do formularza zestawienia cenowego; policzyć cenę jednostkowa za i godzinę ochron obiektu, w oparciu o liczbę godzin i czas trwania zamówienia; uzyskana całkowite wartość netto należy powiększyć o obowiązujący podatek VAT, otrzymując w rezultacie całkowita wartość brutto umowy. W związku z tym, że ryczałtowe wynagrodzenie Wykonawcy, będzie wypłacane w comiesięcznych cyklach rozliczeniowych, tj. comiesięcznych kwotach w postaci ryczałtu. Wykonawca proporcjonalnie kwotę brutto ceny ofertowej na 30 miesięcy od czerwca 2018 r. do listopada 2020, z zastrzeżeniem, że miesiąc czerwiec 2018 r. liczy się od 31.05.2018 r. od godz. 9:00 do 30.06.2018r. do godz. 24:00 włącznie. Suma comiesięcznych wynagrodzeń brutto nie przekroczy ostatecznej, sumarycznej kwoty wynagrodzenia ryczałtowego brutto. Kalkulując cenę ofertową, należy uwzględnić wszelkie koszty składające się na kompleksową realizację usług; w cenie ofertowej należy ująć wszelkie składniki cenotwórcze, wszystkie kosztowe elementy wpływające na ostateczną cenę ofertową. Suma comiesięcznych wynagrodzeń brutto nie przekroczy ostatecznej, sumarycznej kwoty wynagrodzenia ryczałtowego brutto.

3. Oferta musi być podana w PLN cyfrowo i słownie, z wyodrębnieniem należnego podatku VAT - jeżeli takowy występuje. Cena podana w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem usługi.

4. Cena może być tylko jedna i nie może ulec zmianie przez okres ważności oferty (związania). Zamawiający poprawia omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny zgodnie z zapisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

5. Przy wyliczaniu wartości poszczególnych zakresów usługi, należy ograniczyć się do dwóch miejsc po przecinku, na każdym etapie wyliczenia ceny, stosując ogólnie przyjęte zasady zaokrągleń. Kwoty wskazane w ofercie zaokrągla się do pełnych groszy, przy czym końcówki poniżej 0,5 grosza się pomija, zaś końcówki 0,5 grosza i wyższe, zaokrągla się do grosza. Oferta musi być podana w PLN cyfrowo i słownie, do dwóch miejsc po przecinku.

W rozdziale XVIII pn. istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego - wzór umowy- załącznik nr 2 do SIWZ znajdują się następujące postanowienia:

Zamawiający zastrzega możliwość zmiany zapisów niniejszej umowy w zakresie :

- 1) wartości zamówienia, o których mowa w § 3 wzoru umowy (załącznik nr 2 do SIWZ) w przypadku:
 - a) przedłużenia się procedury wyboru najkorzystniejszej oferty lub postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, proporcjonalnie o skrócony czas określony w § 2 wzoru umowy (załącznik nr 2 do SIWZ);
 - b) zmiany zasad ochrony kompleksu wojskowego, która dopuszczalna jest wyłącznie w przypadku reorganizacji systemu ochrony jednostki i dotyczyć może w szczególności liczby i lokalizacji posterunków oraz ilości pracowników ochrony, jak również czasu sprawowanej ochrony i wymagań dotyczących pracowników ochrony. W przypadku zmniejszenia liczby pracowników ochrony wynagrodzenie Wykonawcy zostanie ustalone proporcjonalnie do zmniejszonej ilości osób wykonujących usługę ochrony obiektu w danej jednostce. Konsekwencją zmniejszenia liczby osób realizujących usługę ochrony obiektu wojskowego będzie obniżenie ceny za jedną godzinę ochrony obiektu określona w załączniku nr 3 do umowy - zestawieniu cenowym według następującej zasady: cena za jedną godzinę ochrony poszczególnych jednostek wojskowych zostanie pomnożona przez liczbę osób wykonujących usługę po zmniejszeniu i podzielona przez liczbę osób podanych w opisie przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z treścią rozdziału XXIV pn. Opis sposobu przedstawienia ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty, jeżeli zamawiający dopuszcza ich składanie, Zamawiający wyraźnie wskazał, iż nie dopuszcza składania ofert wariantowych.

W myśli zaś postanowienia wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ:

§ 2 Termin obowiązywania Umowy

1. Umowę zawiera się na czas określony, od dnia 31.05.2018 r. godz. 9:00 do dnia 30.11.2020 r. godz. 9:00.
2. Zamawiający zastrzega sobie prawo realizacji niniejszej umowy w kolejnych latach kalendarzowych tj. 2019 i 2020 pod warunkiem zapewnienia (przyznania) w planie finansowym na następny (kolejny) rok środków finansowych na realizację zadania stanowiącego przedmiot umowy, a w przypadku ograniczenia tych środków, w zakresie i do wysokości środków określonych w zmienionym planie finansowym.
3. (...) Realizacja umowy i jej zakres na kolejny rok kalendarzowy ustalana będzie w formie aneksu do umowy, w razie nie przyznania środków finansowych na realizację zadania stanowiącego przedmiot niniejszej umowy, w kolejnym roku kalendarzowym lub ograniczenie wysokości tych środków.

§ 3 Wartość Umowy i warunki płatności

1. Za wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe ustalone na podstawie złożonej przez Wykonawcę oferty.

2. (...)

3. Całkowitą wartość umowy (na lata 2018, 2019, 2020) strony określają na kwotę:

a) netto: /słownie:

b) brutto: /słownie:

z zastrzeżeniem §2 ust. 2 i 4, § 5 ust. 3 pkt 2 lub § 6 ust. 3.

4. Roczne wynagrodzenie za wykonywaną usługę wynosi:

1) w roku 2018 (z okresem rozliczeniowym od 31.05.2018 r. godz. 09.00 do 31.12.2018 r. godz. 24.0) wynosi brutto..... (słownie:.....) w tym netto zł (słownie:.....)

2) w roku 2019 (z okresem rozliczeniowym od 01.01.2019 r. godz. 00.00 do 31.12.2019 r. godz. 24.0) wynosi brutto (słownie:.....) w tym netto.....zł (słownie:.....)

3) w roku 2020 (z okresem rozliczeniowym od 01.01.2020 r. godz. 00.00 do 30.11.2020 r. godz. 09.0) wynosi brutto..... (słownie:.....) w tym netto. zł (słownie:.....)

z zastrzeżeniem § 2 ust. 2 i 4, § 5 ust. 3 pkt 2 lub 5 i 6 ust. 3.

§ 5 ust. 3 odpowiada treści przywołanego powyżej rozdziału XVIII pn. istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

§ 6 Warunki odstąpienia od umowy. W takim wypadku Wykonawca może zadać jedynie wynagrodzenia należnego mu z tytułu wykonania części umowy.

W ocenie Odwołującego Zamawiający jednoznacznie poinformował wykonawców, z jakich dokumentów składa się oferta oraz że przedmiotowe dokumenty należy wypełnić zgodnie z wzorem zamawiającego co do treści. Ponadto w zawartym w SIWZ sposobie obliczenia ceny wyraźnie wskazał na kolejność działań matematycznych jakie powinien podjąć wykonawca dokonując wyceny usługi objętej postępowaniem. Następnie konsekwentnie przez całość postanowień SIWZ w tym wzoru umowy wskazywał na istotne znaczenie ceny jednostkowej z punktu widzenia rozliczeń między stronami umowy o zamówienie publiczne, na każdym etapie jej realizacji. Ponadto Odwołujący wskazał, że żaden z wykonawców, w szczególności Konsorcjum Solid, nie kwestionował prawidłowości przedmiotowych postanowień SIWZ na etapie sporządzenia ofert. Narzucony przez Zamawiającego sposób obliczenia oceny, sposób prezentacji ceny w formularzu ofertowym i jego załączniku tj. zestawieniu cen przedmiotu zamówienia, nie był przedmiotem odwołań, nie zadano też w tym zakresie żadnych pytań do treści SIWZ. Należy z tego wnioskować, że przedmiotowe postanowienia SIWZ były zarówno zrozumiałe, jak i akceptowalne dla wszystkich uczestników postępowania. Co więcej - żaden z wykonawców nie podnosił też kwestii ewentualnej wadliwości SIWZ wobec sposobu wypełnienia tabel zawartych w zestawieniu cen. Konsorcjum Solid na etapie przygotowania oferty nie miał żadnych wątpliwości co do prawidłowości brzmienia specyfikacji i możliwości sporządzenia prawidłowej oferty.

W ocenie Odwołującego należy rozważyć, czy przy przyjętym przez Zamawiającego sposobie wynagrodzenia ryczałtowego i zamiarze rozliczania kolejnych lat realizacji umowy, rozliczania zmian umowy, ewentualnego wcześniejszego zakończenia zmian umowy, wiedza co do ceny jednostkowej netto za godzinę ochrony obiektu miała kluczowe znaczenie dla ustalenia i rozliczenia wynagrodzenia należnego wykonawcy. Tym samym czy Zamawiający uprawniony jest do badania treści zestawienia cen przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1.1 do SIWZ (załącznik nr 3 do umowy). W ocenie Odwołującego odpowiedź na tak postawione pytanie jest twierdząca. Przywołane zagadnienie niejednokrotnie była przedmiotem orzekania Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący odwołał się do wyroków KIO z dnia 23 września 2016 r., KIO 1681/16 oraz KIO 2407/18.

Podsumowując, Odwołujący wskazał, że Konsorcjum Solid nie zastosował się do wyraźnej instrukcji Zamawiającego co do sposobu obliczenia ceny, jaki i co do sposobu wypełnienia poszczególnych dokumentów składających się na treść oferty. Suma cen z poszczególnych lat ujętych w tabelach rocznych, nie daje w przypadku oferty Konsorcjum Solid tej samej wartości co działanie matematyczne wykonane przez zastosowanie się do treści kolumny 6 w tabeli zbiorczej na lata 2018, 2019, 2020 tj. iloczyn liczby godzin ochrony obiektu i ceny jednostkowej netto za godzinę ochrony obiektu. Oferta Konsorcjum Solid zawiera dwie różne ceny jednostkowe miejscu, w którym zgodnie z SIWZ Zamawiający wymagał podania tylko jednej ceny jednostkowej, nie dopuszczając składania ofert wariantowych.

Odwołujący wskazał, iż oferta Konsorcjum Solid zawiera dwie różne ceny jednostkowe netto za godzinę ochrony obiektu. Inna cena jednostkowa podana jest w tabelach odpowiadających poszczególnym latom realizacji umowy, inna natomiast cena jednostkowa za godzinę ochrony obiektu została podana w zestawieniu zbiorczym na lata 2018, 2019, 2020. Powyższe prowadzi do wniosku, iż oferta Konsorcjum Solid zawiera dwie różne ceny jednostkowe za ten sam przedmiot zamówienia albowiem liczba godzin ochrony obiektu zawarta w zestawieniu zbiorczym odpowiada sumie liczby godzin ochrony obiektów z tabel w poszczególnych latach. Tożsamy jest również liczony termin ochrony w poszczególnych tabelach w rozbiciu na lata i termin realizacji zamówienia zawarty w tabeli zbiorczej na lata 2018, 2019, 2020. Konsorcjum Solid wyceniając tą samą usługę podało dwie różne ceny jednostkowe - jedną w poszczególnych tabelach na dane lata, inną w tabeli zbiorczej. Powyższe ma istotne konsekwencje z uwagi na określony przez Zamawiającego system rozliczeń umowy w przypadku zmiany wysokości wynagrodzenia.

Dalej Odwołujący wskazał, że z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 Pzp z kolei stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfiką istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. W ocenie Odwołującego oferta Konsorcjum Solid zawiera błąd merytoryczny. W okolicznościach danej sprawy, Zamawiający nie ma podstaw aby dokonać zmian, które doprowadziłyby treść oferty Konsorcjum Solid do zgodności z treścią SIWZ. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 15 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2498/17.

Odwołujący wskazał dalej, że znamienne jest również, iż Załącznik 1.1. do SIWZ zawierający nieusuwalne błędy i niezgodności z SIWZ stanowi na etapie realizacji umowy załącznik do

umowy, a tym samym błędy i niezgodności z etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego skutkować będą nieusuwalnym błędem zawartej umowy. Ponadto do treści umowy zostaną przeniesione wartości wynagrodzeń określone przez Konsorcjum Solid w zestawieniu cen. W sytuacji, gdy Zamawiający będzie chciał sięgnąć do treści zestawienia cen przy rozliczeniu z Konsorcjum Solid Security czy to z uwagi na fakt, iż zmieni się zakres umowy, nie uzyska środków w planie finansowym, czy będzie chciał zakończyć we wcześniejszym terminie łączącą strony umowę, nie będzie wiedział, którą z pozycji ceny jednostkowej powinien wziąć pod uwagę. Na skutek zaoferowania dwóch różnych cen jednostkowych za tożsamy przedmiot zamówienia oferta Konsorcjum Solid zawiera dwie ceny łączne całkowite za realizację przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego całokształt zaprezentowanych powyżej wywodów prowadzi do wniosku, iż jedynie zaoferowanie ceny jednostkowej netto za godzinę ochrony obiektu w tożsamej wysokości we wszystkich latach realizacji usługi pozwalało na osiągnięcie rezultatu w postaci zgodności wszelkich elementów oferty w tym w szczególności treści zestawienia zbiorczego z treścią zestawień na poszczególne lata. Znamienne jest, iż taki tok działania przeprowadziło 6 z 8 wykonawców przedkładających oferty (w tym wykonawca konsorcjum firm: „STEKOP” S.A. z siedzibą w Warszawie, „STEKOP-OCHRONA” Sp. z o.o. z siedzibą w Chroszczu, odrzucony z uwagi na błąd w obliczeniu ceny).

W ocenie Odwołującego za całkowicie chybione i sprzeczne z regulacjami ustawy Pzp należy uznać działania Zamawiającego polegające na próbie „odpowiedniej” wykładni postanowień SIWZ, i formułowanie dopiero na etapie oceny ofert teorii o pomocniczym charakterze zestawienia zbiorczego znajdującego się w załączniku nr 1.1. do SIWZ (załączniku nr 3 do umowy). Jak zostało to wskazane we wstępnej części uzasadnienia zarzutów 1 i 2, SIWZ jest podstawowym dokumentem określającym zasady postępowania zarówno Wykonawcy i jak i Zamawiającego w toku trwania całości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Regulacja art. 38 Pzp wyraźnie precyzuje wyjątki od niezmiennego charakteru treści SIWZ, przede wszystkim wyraźnie określa ramy czasowe, w których dozwolona jest modyfikacja treści SIWZ. Precyzuje dodatkowo sposób podania takiej zmiany do wiadomości ogółu uczestników obrotu zainteresowanych złożeniem oferty w postępowaniu. Statuuje niedopuszczalność zmiany treści SIWZ po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli zmiana ma wpływ na treść ogłoszenia o zamówieniu). Wyjątkowo, tylko w uzasadnionych przypadkach, Zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SIWZ, udostępniając zmianę na stronie internetowej (z wyjątkiem wypadków gdy SIWZ nie podlega udostępnieniu na stronie internetowej). Powyższe prowadzi do oczywistego wniosku: nie jest dopuszczalne

wprowadzenie jakiegokolwiek zmiany treści SIWZ po terminie składania ofert. Uzpełnieniem wyraźnego zakazu ustawowego jest w tym zakresie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej opowiadające się za zakazem jakiegokolwiek zmiany treści SIWZ po terminie składania ofert.

W ocenie Odwołującego mając powyższe na uwadze, za całkowicie niedopuszczalne i chybione jest wysuwanie przez Zamawiającego w piśmie z dnia 15 maja 2018 r. kierowanym do Konsorcjum Solid tezy, iż tabela „zbiorcza na lata 2018, 2019, 2020” ma charakter pomocniczy dla Zamawiającego i przedstawia przybliżone ceny przedmiotu zamówienia w okresie realizacji przedmiotu zamówienia w rozbiciu na poszczególne jednostki i instytucje wojskowe. Odwołujący podkreślił, iż w żadnym miejscu SIWZ udostępnionym wykonawcom zgodnie zobowiązującymi zasadami ustawy Pzp nie przewidział rozróżnienia w kwestii charakteru poszczególnych tabel i wypełnianych formularzy cenowych i ofertowych. Nigdzie nie zaznaczył, iż wyliczenia w tabelach rocznych mają pierwszeństwo przed innymi ujęciami tabelarycznymi danych wymaganych przez Zamawiającego. Nie bez znaczenia jest tutaj również treść SIWZ z 2016 r., w przypadku którego przy tożsamym kształcie postanowień umowy i konieczności rozbicia wartości wynagrodzenia również na poszczególne lata 2016 i 2017, w zestawieniu cen pojawiła się jedynie tabela zbiorcza. Wydaje się, iż dopiero wobec zaistnienia błędów w ofercie Konsorcjum Solid Zamawiający próbuje dointerpretować pewne okoliczności już na etapie oceny ofert. Takie działanie stanowi tymczasem obrazę art. 38 ust 4 Pzp w zw. z art 7 ust. 1 i 3 Pzp, naruszając wyraźne regulacje ustawowe i zasady rządzące procesem udzielania zamówień publicznych. Pozbawiając wykonawców jakiegokolwiek pewności co do treści udostępnionego SIWZ.

Odwołujący wskazał, że oferta Konsorcjum Solid zawierała oczywisty błąd rachunkowy wynikający z nieprawidłowego przeprowadzenia działania matematycznego, mnożenia kolumny nr 4 i kolumny nr 5 ze zbiorczego zestawienia na lata 2018, 2019, 2020 zawartego w treści Zestawienia cen przedmiotu zamówienia, tabela nr 1. wiersz 2 kolumna 6 zamiast kwoty 11 419 463,05 zł powinna znajdować się kwota 11 419 305, 35 zł. Znamienne jest, iż na skutek poprawienia działania matematycznego w ofercie Konsorcjum Solid pojawiają się dwie różne ceny brutto za całość realizacji zamówienia. Inna cena brutto za całość realizacji zamówienia wynika z sumowania tabel rocznych, inna zaś cena brutto za całość realizacji zamówienia wynika z zbiorczego zestawienia na lata 2018, 2019, 2010. W opisanym stanie faktycznym nieprawdziwym jest stwierdzenie zawarte w piśmie Zamawiającego z dnia 15 maja 2018 r. iż „dokonane poprawki omyłek rachunkowych w zestawieniu cen przedmiotu zamówienia w tabeli zbiorczej - na lata 2018,2019, 2020” nie mają wpływu na cenę oferty”. Wręcz przeciwnie dokonana przez Zamawiającego poprawa oczywistej omyłki rachunkowej

uwidoczniała i pokreśliła występującą w ofercie Konsorcjum Solid niezgodność z treścią SIWZ oraz błąd w obliczeniu ceny. Pokazuje ono bowiem konsekwencje niezastosowania się przez Konsorcjum Solid do treści SIWZ i podania w załączniku 1.1 do SIWZ dwóch różnych cen jednostkowych. Takie działanie Konsorcjum Solid ma bezpośrednie przełożenie na cenę za całościową realizację zamówienia.

Ad. 3.

Odwołując wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 8 maja 2018 r. wezwał w trybie art. 90 ust. 1 Pzp Konsorcjum Solid do złożenia wyjaśnień ceny i jej istotnych części składowych, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty złożonej w postępowaniu. Konsorcjum Solid, zadane przez Zamawiającego wyjaśnienia zastrzegło w części dotyczącej wyliczeń (tabel) załączonych do pisma z dnia 10 maja 2018 r. (data wpływu do Zamawiającego 11 maja 2018 r.) jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał, że w kwestii zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum Solid poprzestał jedynie na stwierdzeniu: „Przesłane Państwu wyliczenia (tabele) należy traktować jako dokumenty objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. W związku z powyższym pozostają one jedynie do wiadomości Zamawiającego i nie mogą być ujawnione innym Wykonawcom. Jak podkreśla się w piśmiennictwie i orzecznictwie, informacja nieujawniona do wiadomości publicznej to informacja nieznaną ogółowi lub osobom trzecim zainteresowanym jej posiadaniem. Taka informacja staje się tajemnicą przedsiębiorstwa, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców np. konkurentów. Wnosimy zatem o uszanowanie naszej woli i potraktowanie naszego pisma wraz z załącznikami jako dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.”

Powyższe zastrzeżenia zostały przez Zamawiającego co do zasady uznane za skuteczne, bowiem w odpowiedzi na wniosek Odwołującego o udostępnienie wyjaśnień, Odwołujący otrzymał od Zamawiającego jedynie informację, że treść załącznika stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum Solid w rozumieniu UZNK. Odwołujący wskazał, że Konsorcjum Solid w piśmie z dnia 10 maja 2018 r. nie zawierało żadnych innych informacji poza przywołanymi powyżej odnoszącymi się do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie przeprowadziło żadnego wyводу odnoszącego się do obligatoryjnych elementów informacji, które należy przekazać Zamawiającemu aby w ogóle móc mówić o skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie załączyło żadnych dowodów potwierdzających skuteczność podniesionych lakonicznych i ogólnych twierdzeń. W dniu 16 maja 2018 r. do Zamawiającego wpływa kolejne pismo od Konsorcjum firm, w którym wydaje się iż Konsorcjum próbuje ratować zaistniałą sytuację związaną z nieskutecznym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. W piśmie tym pojawia się kilka dodatkowych zdań wskazujących

na próbę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz po raz pierwszy załączony zostaje jeden dowód.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wskazał, iż podjęte próby skutecznego zastrzeżenia tajemnicy są spóźnione. Zgodnie z art. 8 ust. 3 nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu UZNK, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zastrzegł, że nie mogą być one udostępnione oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zakreślony prawem terminem na skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest dokonanie zastrzeżenia spełniającego wymagania ustawowe, już na etapie składania zastrzeżonych informacji. Innymi słowy konieczna jest jednoczesność czasowo dokonania obu czynności. Warunkiem jest jednak wykazanie przez wykonawcę, że podjął on niezbędne działania do zachowania informacji w poufności, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca. Do oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa mogą być brane tylko informacje zawarte w piśmie z dnia 10 maja 2018 r. Wszystkie pozostałe informacje i dowód zostały złożone z uchybieniem ustawowego terminu na ich złożenie.

W ocenie Odwołującego zastanawiające jest jak przedsiębiorca, który w momencie przekazywania informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa nie zadbał o skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, po czym orientuje się po kilku dniach i dosyła dodatkowe materiały, może w ogóle mówić iż podjął działania zmierzające do zachowania w tajemnicy informacji przekazanych Zamawiającemu. Nienależyte działania przy samej próbie zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do słuszności takiego zastrzeżenia. Prawem zakreślony termin na dokonanie czynności związanych z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa upłynął w dniu 11 maja 2018 r. Dopuszczenie możliwości, iż możliwe jest późniejsze zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, późniejsze przedkładanie Zamawiającemu twierdzeń i dowodów prowadziłoby do sanowania zachowań zmierzających do obejścia prawa.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że przy zastrzeganiu tajemnicy przedsiębiorstwa brak jest jakiegokolwiek spójności i konsekwencji. We wstępnej części akapitu odnoszącego się do zastrzeżenia tajemnicy wskazuje, iż wyraża wolę zastrzeżenia (abstrahując czy skuteczną) jedynie treści wyliczeń (tabel), jeżeli więc w niedostępny Odwołującemu dokumencie znajdują się informacje inne niż tabele, nie są one objęte rzekomym zastrzeżeniem i powinny zostać udostępnione Odwołującemu w dniu 16 maja 2018 r. W końcowej części pisma z dnia 10 maja 2018 r. Konsorcjum Solid wnosi o potraktowanie całości pisma z załączonymi do

niego dokumentami jako tajemnicę. Następnie w piśmie z dnia 15 maja 2018 r. (data wpływu do Zamawiającego 16 maja 2018 r.) Konsorcjum Solid ponownie wskazuje, iż za tajemnicę przedsiębiorstwa należy potraktować jedynie dane zawarte w przesłanej tabeli, czytając wszelkie inne informacje o ile znajdują się pod/nad tabelą powinny zostać ujawnione Odwołującemu; oczywiście to wszystko przy założeniu, iż w ogóle sama tabela została skutecznie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, z czym Odwołujący się nie zgadza z przyczyn wskazanych poniżej.

Odwołujący wskazał, że skuteczność zastrzeżenia przez wykonawcę w toku ubiegania się o zamówienie publiczne danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa - w postaci zaktualizowania się ustawowego zakazu ich ujawniania - jest uwarunkowana uprzednim stwierdzeniem, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 UZNK. Stąd też oczywiste jest, że właśnie potencjalny adresat tego zakazu, tj. zamawiający, zobowiązany jest zbadać, czy w konkretnej sytuacji wystąpiły wskazane wyżej przesłanki (zob. uchwała SN z 21 października 2005 r., CZP 74/05). W niniejszej sprawie nie sposób przyjąć, że badanie takie zostało przez Zamawiającego przeprowadzone, skoro Zamawiający w sposób w zasadzie bezkrytyczny uznał, że całość załącznika do pisma z dnia 10 maja 2018 r. stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum Solid jest lakoniczne i ogólnikowe, tym samym przyjąć należy, że Konsorcjum Solid nie wykazało, że zastrzegane przez niego informacje w istocie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący powołał się wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1161/15 oraz KIO 1185/15 i nast., KIO 1384/14.

W ocenie Odwołującego w okolicznościach przedmiotowej sprawy Konsorcjum Solid w określonym prawem terminie nie przedstawiło żadnych postulowanych przez orzecznictwo twierdzeń, wywodów a w szczególności dowód potwierdzających słuszność choćby tych kilku zdań z pisma z dnia 10 maja 2018 r.

Jak wynika z powyższego, w sytuacji gdy wykonawca nie przedstawi stosownych dowodów na to, że dane informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, informacje te nie mogą być wyłączone z udostępnienia wykonawcom biorącym udział w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego, tak może być w niniejszej sprawie, tj. Konsorcjum Solid składając zastrzeżenie tajemnicy mógł poprzestać na ogólnikowym zapewnieniu, że podejmuje odpowiednie kroki ku temu, by zachować w poufności informacje przekazywane, jednak okoliczności tej nie wykazał stosownymi dowodami. Nadto, jeśli w istocie same wyjaśnienia ceny są ogólnikowe, trudno przyjąć by miały one walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 11 ust. 4 UZNK przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą;
- nie została ujawniona do wiadomości publicznej;
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Zamawiający, w świetle powyżej poczynionych uwag winien zweryfikować, czy wykonawca wykazał spełnienie względem danej informacji każdego z ww. wymagań. Jak możemy jedynie zakładać, w przypadku Konsorcjum Solid taka sytuacja nie miała miejsca. Zamawiający nie powinien traktować wyjaśnień wykonawcy jako jednolitego dokumentu, lecz winien ocenić, które z informacji w nich zawarte mogą być ewentualnie uznane za tajemnice przedsiębiorstwa.

Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 7 listopada 2014r., sygn. akt KIO 2184/14, KIO 2185/14. Jeżeli więc nie wszystkie zastrzegane przez Konsorcjum Solid informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający powinien rozważyć konieczność udostępnienia chociaż części wskazanych jako załączniki do pisma z dnia 10 maja 2018 r. dokumentów. W ocenie Odwołującego nie jest możliwe przyjęcie automatyzmu polegającego na stwierdzeniu, że każde wyjaśnienia z art. 90 ust. 1 Pzp zawsze i w całości mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak wskazała Izba w wyroku z 18 stycznia 2012 r. (KIO 59/12): „(...) zamawiający powinien dokonać analizy prawidłowości zastrzeżenia pewnych informacji z oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie tylko analizując określony dokumenty jako całość, ale jego poszczególne zwroty czy wyliczenia które mogą stanowić tajemnicą przedsiębiorstw#. Dokument nie musi bowiem - a czasami wręcz nie może - podlegać zastrzeżeniu w całości, lecz tylko w określonej części. Izba wskazuje też, że przyczyny wyłączenia jawności muszą mieć charakter na tyle obiektywny, aby możliwa była ich weryfikacja w postępowaniu odwoławczym (zob. wyrok KIO z 4 marca 2011 r., KIO 322/11). Sam fakt, że zastrzegana informacja zawiera nazwę kontrahenta wykonawcy, wysokość cen i kosztów składających się na oferowane wynagrodzenie, z nie oznacza, że posiada ona wartość gospodarczą, a przez to walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Taki pogląd jest uprawniony w świetle orzecznictwa KIO.

Podkreślenia również wymaga, że Izba wielokrotnie wyrażała swoją dezaprobatę wobec bezkrytycznego przyjmowania przez zamawiających zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nawet wtedy, gdy wykonawca zastrzega wszystkie bądź większość informacji, co ewidentnie służyć ma wyłącznie utrudnieniu konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji jego oferty (zob. m.in. wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2012 r., sygn. akt: KIO 2710/12). Oczywistym pozostaje, co zostało potwierdzone m.in. w wyroku KIO z dnia 22 lipca 2014r., sygn. akt: KIO 1384/14, że uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywane i stosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, a z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Stąd dotychczasowa linia KIO w zakresie zastrzegania i wykazywania tajemnicy przedsiębiorstwa nakazuje zamawiającym restrykcyjne podejście w zakresie oceny spełnienia przesłanek skutecznej tajemnicy przedsiębiorstwa tak m.in. w wyrokach KIO 863/15 z dnia 11 maja 2015 r., KIO 636/15 z dnia 15 kwietnia 2015 r., KIO 764/15 z dnia 5 maja 2015 r. KIO 291/15 z dnia 2 marca 2015 r. Zasadą jest jawność postępowania i wszelkich składanych w jego toku dokumentów, natomiast wszelkie odstępstwa od tej zasady należy interpretować zawężająco, a ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa każdorazowo na podmiocie zastrzegającym tajemnicę. To Konsorcjum Solid jako profesjonalista powinien dołożyć szczególnej staranności i wykazać wszelkimi możliwymi metodami, że dany dokument zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa i nie może być przekazany innym podmiotom (w szczególności nie można za takowe uznać wyłącznie załączenia pisma, o ogólnej powtarzalnej treści nieodnoszącej się precyzyjnie do zastrzeganej informacji, w którym powołuje się lakoniczne okoliczności faktyczne, inna interpretacja postanowień ustawy Pzp prowadziłaby do patologicznego nadużycia rozwiązania z art 8 ust.3).

Odwołujący wskazał, że w związku z tym, że nie posiada wglądu do treści złożonych w załącznikach do pisma z dnia 10 maja 2018 r. wyjaśnień, wskazuje, że nawet jeśli obiektywnie informacje zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Konsorcjum Solid mogłyby stanowić tajemnice przedsiębiorstwa, niemniej wobec nie wykazania przez Konsorcjum Solid w sposób dostateczny i w przewidzianym prawem terminie, że tak jest w niniejszej sprawie, informacje te nie mogą podlegać ochronie.

Ad. 4

W ślad za dyrektywa klasyczną 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str.65, dalej: „**dyrektywa klasyczna**”) ustawa Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek uzyskania od wykonawców wyjaśnień ofert, w których zaproponowana cena lub koszt będzie wydawać

się zamawiającemu rażąco niski w stosunku do odnośnych usług. Z dniem 28 lipca 2016 r. brzmienie art. 90 Pzp, uległo zmianie w wyniku wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), zwanej dalej: „nowelizacją”. Regulacja prawna zawarta w ww. przepisie została uszczegółowiona oraz, co stanowi konsekwencje zmian w zakresie kryterium oceny ofert o charakterze stricte ekonomicznym, odnosi się obecnie również do kosztu.

Odwołujący wskazał, że w omawianej kwestii wypowiedział się Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, który w swojej opinii wskazał, iż:

- „Celem procedury wyjaśniania, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp, jest definitywne rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. O tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania;
- W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej ETS) podnoszono, że procedura wyjaśniania jest niezbędna w świetle europejskiego prawodawstwa z zakresu zamówień publicznych, gdyż zabezpiecza przed arbitralnością oceny zamawiającego co do rażąco niskiej wysokości ceny (por. wyr. z dnia 22 czerwca 1989 r. 103/88, wyr. z dnia z dnia 27 listopada 2001 r. C-285/99, wyr. z dnia 15 maja 2008 r. C-147/06, z dnia 29 marca 2012 r. 0599/10);
- Ciężar dowodu w zakresie wykazania, że cena lub koszt nie są rażąco niskie spoczywa na wykonawcy. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy. Wykonawca w ramach składanych wyjaśnień powinien przedkładać dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia;
- W wyroku z dnia 6 sierpnia 2015 r. (sygn. akt KIO 1490/15, KIO 1577/15, KIO 1584/15) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: „() nie ma też przeszkód, by zamawiający prowadził wyjaśnienia wieloetapowo, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości (oczywiście poza przypadkiem opisanym w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy wykonawca nie współpracuje i nie udziela wyjaśnień)”. Stanowisko to potwierdził też Sąd Okręgowy w Olsztynie, który w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. (sygn. akt V Ga 122/10), jednoznacznie wskazał, iż brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień,

jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiąły wątpliwości zamawiającego związanych z „rażąco niską ceną”;

- Jednocześnie, należy zwrócić uwagę na zastrzeżenia poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą w odniesieniu do możliwości ponownego żądania wyjaśnień. Izba w swoim orzecznictwie (por. wyrok z dnia 17 lipca 2015 r.; sygn. akt KIO 1410/15, czy z dnia 27 lipca 2015 r. sygn. akt. KIO 1479/15) niejednokrotnie wskazywała, że żądanie ponownych wyjaśnień dotyczących podejrzenia rażąco niskiej ceny od tego samego wykonawcy nie może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Takie żądanie jest dopuszczalne, jeśli wyjaśnienia wykonawcy złożone na wcześniejsze wezwanie zamawiającego budzą określone wątpliwości i wymagają doprecyzowania;
- Z pewnością ponowne żądanie wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, czy też prowadzenia procedury wyjaśnień do czasu pełnego usprawiedliwienia przez wykonawcę swojej wyceny ofertowej. Ponowne żądanie wyjaśnień musi być zatem uzasadnione w świetle wyjaśnień czy dowodów przedłożonych przez wykonawcę „na pierwsze wezwanie”;
- Zamawiający nie ma obowiązku ponownie wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień jeżeli wykonawca nie rozwiął jego wątpliwości co do podejrzenia rażąco niskiej ceny i nie przedstawił na potwierdzenie powyższego stosownych dowodów. W takiej sytuacji należy bowiem uznać, że wykonawca nie wywiązuje się należycie z ciążącego na nim, stosownie do art. 90 ust. 2 Pzp, ciężaru dowodu."

Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 8 maja 2018 r., wezwał Konsorcjum Solid do złożenia wyjaśnień. W dniu 11 maja 2018 Konsorcjum Solid złożyło wyjaśnienia. Odwołujący nie ma wprawdzie wiedzy odnośnie treści złożonych przez Konsorcjum Solid jako załącznik do pisma z dnia 10 maja 2018 r. wyjaśnień, niemniej uwzględniając praktykę niektórych wykonawców działających na rynku, Odwołujący zarzuca, że wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Solid są nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne, w tym - ze względu na poziom ich ogólności ~ odnoszą się nie tylko do postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, ale i do innych postępowań, w których Konsorcjum Solid bierze udział, wobec czego Zamawiający nie był uprawniony przyjąć na ich podstawie, że zaoferowana przez wykonawcę w tym postępowaniu cena ma charakter rynkowy.

Mając na uwadze dotychczasowe doświadczenia Odwołującego, wskazać należy, że od Konsorcjum Solid oczekiwać należało przedstawienia szczegółowych kalkulacji ceny ofertowej - cen jednostkowych, popartej dowodami wskazującymi na rynkowy charakter kosztów ujętych w tej kalkulacji i poprawność założeń przyjętych na potrzeby jej dokonania.

Samo rozbitcie ceny ofertowej na kilka składowych, nie pokazujące mechanizmu i uzasadnienia dla takiego poziomu kosztów nie spełnia wymogów stawianych wyjaśnieniom z art. 90 ust. 1 Pzp wskazanych na stępie. Odwołujący wskazał, że nie jest także wystarczające przedstawienie przez wykonawcę ogólnej informacji przykładowo o realizowanych kontraktach na rzecz innych zamawiających, o cenach oferowanych w innych postępowaniach. Każdy z tych elementów - jeśli znalazły się w wyjaśnieniach wykonawcy - powinien zostać przełożony na konkretną wartość liczbową, tj. na wysokość oszczędności, jakie z tego tytułu udało się osiągnąć wykonawcy.

Jeżeli w wyjaśnieniach brak szczegółowych informacji na temat ponoszonych przez niego kosztów, w tym dowodów na poprawność przyjętych w wyjaśnieniach wartości (np. w postaci ofert dostawców materiałów, umów z podwykonawcami, itp.), wyjaśnienia te pozostają wyjaśnieniami lakonicznymi, a Konsorcjum Solid nie podołało spoczywającemu na nim po myśli art 90 ust 2 Pzp ciężarowi dowodu. Znamienne w niniejszej sprawie jest fakt, iż Konsorcjum Solid w treści pisma z dnia 10 maja 2018 r. wprost wskazał, że „z uwagi na toczący się proces wyboru najkorzystniejszej oferty, na tym etapie nie możemy przedstawić Państwu większej ilości dowód wyjaśniających przedstawioną Państwu ofertę”.

W ocenie Odwołującego powyższe prowadzi do wniosku iż Konsorcjum Solid świadomie, nie przedstawiło dowodów uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie istotnych części składowych ceny, a tym samym nie wykazało, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przywołane stwierdzenie wskazuje na niewiedzę Konsorcjum Solid w zakresie rygorów rządzących postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego i momentem w którym każdy wezwany wykonawca zobowiązany jest do wykazania iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Ustawodawca wprost literalnie formułuje obowiązek przedstawienia w tym zakresie dowodów. Nie będzie innego momentu badania i oceny ofert w toku trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w którym Konsorcjum Solid będzie miało możliwość przedstawienia dowód na potwierdzenie poprawności zaoferowanej ceny, w szczególności nie będzie to możliwe po etapie wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z 22 stycznia 2018 r. 13/18 oraz KIO 272/17.

Dalej Odwołujący wskazał, że momentem, w którym wykonawca winien wyjaśnić szczegóły kalkulacji i przyjęte założenia, zarówno co do ceny, jak też sposobu wykonania zamówienia, jest moment prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. To Zamawiający ma otrzymać na tyle wiarygodne i szczegółowe informacje, które pozwolą ustalić, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, czy też nie. Wszelkie dowodzenie i składanie wyjaśnień w postępowaniu odwoławczym przed Izbą należy uznać za spóźnione.

W trakcie postępowania odwoławczego możliwe jest uzupełnienie informacji przekazanych Zamawiającemu w niewielkim zakresie. Nie jest natomiast możliwe wskazywanie na konkretne okoliczności, które przełożyły się na cenę oferty, ale Konsorcjum Solid nie wspominał o nich w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu. Najważniejsze zaś Konsorcjum Solid nie przedstawiło żadnych dowodów na poparcie przedstawionych twierdzeń. Mając powyższe na uwadze należy uznać, iż nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym w konsekwencji nie obalił domniemania iż cena przez niego zaoferowana jest rażąco niska.

W ocenie Odwołującego Zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 90 ust 3 Pzp jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Solid, mimo iż Konsorcjum Solid, nie przedstawiając szczegółowych kalkulacji oraz z dowodów na poparcie twierdzeń - nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym nie obalił domniemania, że cena oferty jest rażąco niska. Konsorcjum Solid nie znajduje się w wyjątkowo korzystnej sytuacji, która uzasadniałaby zaoferowanie tak niskiej ceny ofertowej, np. oceniając to względem Odwołującego. Nadto, szereg kosztów, jakie wykonawcy biorący udział w niniejszym postępowaniu będą musieli ponieść wynika wprost z zapisów SIWZ i obowiązujących przepisów prawa (koszty zatrudnienia) i wykonawcy nie mają możliwości poczynienia w tym zakresie zbyt daleko idących oszczędności. Należałoby w związku z tym postawić pytanie, co w istocie różnicuje sytuację wykonawców, jak okoliczność ta przekłada się na koszty realizacji zamówienia i - co najważniejsze - czy istnienie tej przewagi konkurencyjnej Wykonawcy względem Odwołującego (i innych wykonawców) zostało w wyjaśnieniach odpowiednio wykazane. Odwołujący zarzuca, że tak się nie stało, bowiem Konsorcjum Solid - poza wskazaniem kilku ogólnie opisanych okoliczności sprzyjanych obniżeniu kosztów realizacji zamówienia i przedstawieniu najpewniej uproszczonej kalkulacji ceny ofertowej - w zasadzie nie przedstawił żadnych konkretnych dowodów potwierdzających poprawność swoich założeń.

Niezależnie jednak od powyższego zarzutu, Odwołujący wskazał, że nie sposób przyjąć, by wyjaśnienia Wykonawcy mogły wyeliminować wątpliwości Zamawiającego co do rażąco niskiego charakteru ceny ofertowej Wykonawcy. Uprzedzając ewentualną argumentację, Odwołujący wskazuje dodatkowo, że na gruncie art. 90 ust. 1 Pzp nie ma obowiązku wielokrotności wyjaśnień ceny danego wykonawcy. Kolejne wezwanie może więc służyć jedynie doprecyzowaniu złożonych wyjaśnień, czy też wyjaśnieniu niejasności, jakie powstały na tle złożonych przez wykonawcę w „pierwotnych” wyjaśnieniach dokumentów, stanowisk. W niniejszej sprawie wykonawcy nie skorzystali z możliwości złożenia odpowiednich wyjaśnień, a co za tym idzie w tej sytuacji nie sposób znaleźć uzasadnienia dla kierowania

do nich kolejnego, uzupełniającego wezwania. Takie wezwanie służyłoby wyłącznie obejściu dyspozycji art. 90 ust. 3 Pzp. Innymi słowy, ponowne wezwanie winno służyć doprecyzowaniu wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, nie może zaś stanowić, wobec sankcji z art. 90 ust 3 Pzp, czynności sanującej bierność wykonawcy na etapie składania pierwotnych wyjaśnień, tj. bierność w wyjaśnieniu podstawowych okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Ad. 5

W ocenie Odwołującego wszystkie wskazane powyżej uchybienia Zamawiającego polegające na niezgodnych z przepisami czynnościach zamawiającego podjętych w toku postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia oraz zaniechaniu czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, prowadzą do wniosku iż niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający przeprowadził z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Powyższe przejawiało się poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu z uwagi na fakt, iż zawiera błąd w obliczeniu ceny, jej treść nie odpowiada treści SIWZ, a Konsorcjum Solid nie obaliło domniemania prawnego, iż oferta zawiera rażąco niską cenę. Ponadto o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców świadczy utajnienie informacji i dokumentów, które nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tym samym Zamawiający dopuścił się obrazy przepisów art 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp, w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „**SIWZ**”) wraz z ogłoszeniem o zamówieniu na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz wymagań Zamawiającego; (ii) protokół postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania; (iii) ofertę Przystępującego na okoliczność ustalenia jej treści; (iv) wezwanie Zamawiającego skierowane do Przystępującego z dnia 8 maja 2018 r. oraz wyjaśnienia wykonawcy z dnia 11 maja na okoliczność ustalenia treści wezwania oraz złożonych wyjaśnień i dokumentów; (v) pismo Przystępującego z dnia 16 maja 2018 r. na okoliczność ustalenia treści złożonych wyjaśnień; (vi) pismo Zamawiającego z dnia 8 i 15 maja 2018 r. na okoliczność ustalenia zakresu zmian wprowadzonych w ofercie Przystępującego; (vii) informację o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 18 maja 2018 r. na okoliczność ustalenia wyników postępowania.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę ochrony fizycznej osób i mienia oraz monitoringu realizowana przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne, zwane dalej SUFO, w całodobowym systemie zmianowym, polegająca na bezpośredniej ochronie fizycznej, stałym dozorze sygnałów przesyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych systemach i urządzeniach alarmowych, zgodnie z instrukcjami ochrony oraz innymi dokumentami opracowanymi na szczeblu jednostek wojskowych oraz realizacja ochrony po ogłoszeniu mobilizacji, wprowadzeniu stanu wojennego lub w czasie wojny. Usługi stanowiące przedmiot zamówienia realizowane są w jednostkach i instytucjach wojskowych zlokalizowanych na terenie administrowanym przez 24 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Giżycku w latach 2018-2020.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2018/S 021-045176 w dniu 31 stycznia 2018 r.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, zestawienie cenowe, minimalne wymagania co do stanu osobowego, rodzaj i ilość broni niezbędnej do realizacji zamówienia zostały zawarte w załącznikach nr 1.1, 1.2 i 1.3 do SIWZ.

W rozdziale XIII – Opis sposobu przygotowania oferty i miejsce i termin składania ofert, Zamawiający wskazał, że wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę. Na ofertę składają się m.in. formularz cenowy – wypełniony i podpisany wg. wzoru Zamawiającego (załącznik nr 1 do SIWZ), zestawienie cenowe – wypełnione i podpisane wg. wzoru Zamawiającego

We wzorze formularza cenowego pn. zestawienie cen przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1.1 do SIWZ (a następnie załącznik nr 3 do umowy) Zamawiający poinformował wykonawców, że przewidział do wypełnienia tabelę, w opisach poszczególnych kolumn w tabelach wskazał, jakie informacje ma zamieścić wykonawca oraz jakie działania matematyczne ma wykonać, których to wyniki ma zamieścić w treści właściwego wiersza w tabeli m. in. Zamawiający wymagał podania ceny jednostkowej netto w PLN za godzinę ochrony obiektu, wartości netto w PLN, stawki VAT, cenę brutto, określając każdorazowo w każdej z tabel jakie działania matematyczne w oparciu o wprowadzone przez wykonawcę ceny jednostkowe i podane przez Zamawiającego ilości godzin ochrony obiektu, ma wykonać wykonawca wypełniając tabelę. Zamawiający przewidział również wypełnienie pozycji razem wartość netto jako sumy wartości netto poszczególnych pozycji w zestawieniu, analogicznie uczynił dla pozycji wartość brutto.

W rozdziale XIV SIWZ pn. Opis sposobu obliczenia ceny, Zamawiający wskazał:

- 1) Cena ofertowa musi być podana w formie ryczału, za cały okres świadczenia usług. Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza, że cena ofertowa musi zawierać wszystkie koszty niezbędne do realizacji zamówienia wynikające wprost ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również inne koszty w niej nie ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia. Skutki finansowe jakichkolwiek błędów w policzeniu ceny obciążają Wykonawcę zamówienia. Wykonawca musi przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia. Wynagrodzenie Wykonawcy nie może ulec zwiększeniu, tzn. że jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.
- 2) Obliczając cenę ofertową należy odnieść się do formularza zestawienia cenowego; policzyć cenę jednostkową za godzinę ochrony obiektu, w oparciu o liczbę godzin i czas trwania zamówienia; uzyskana całkowita wartość netto należy powiększyć o obowiązujący podatek VAT, otrzymując w rezultacie całkowitą wartość brutto umowy. Ryczałtowe wynagrodzenie Wykonawcy będzie wypłacane w comiesięcznych cyklach rozliczeniowych, tj. comiesięcznych kwotach w postaci ryczału. Wykonawca podzieli proporcjonalnie kwotę brutto ceny ofertowej na 30 miesięcy od czerwca 2018 r. do listopada 2020, z zastrzeżeniem, że miesiąc czerwiec 2018 r. liczy się od 31.05.2018r. od godz. 9:00, do 30.06.2018r. do godz. 24:00 włącznie. Suma comiesięcznych wynagrodzeń brutto nie przekroczy ostatecznej, sumarycznej kwoty wynagrodzenia ryczałtowego brutto. Kalkulując cenę ofertową, należy uwzględnić wszelkie koszty składające się na kompleksową realizację usług; w cenie ofertowej należy ująć wszelkie składniki cenotwórcze, wszystkie kosztowe elementy wpływające na ostateczną cenę ofertową. Suma comiesięcznych wynagrodzeń brutto nie przekroczy ostatecznej, sumarycznej kwoty wynagrodzenia ryczałtowego brutto.
- 3) Oferta musi być podana w PLN cyfrowo i słownie, z wyodrębnieniem należnego podatku VAT - jeżeli takowy występuje. Cena podana w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem usługi.
- 4) Cena może być tylko jedna i nie może ulec zmianie przez okres ważności oferty (związania). Zamawiający poprawia omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny zgodnie z zapisami ustawy Prawo zamówień publicznych.
- 5) Przy wyliczaniu wartości poszczególnych zakresów usługi, należy ograniczyć się do dwóch miejsc po przecinku, na każdym etapie wyliczenia ceny, stosując ogólnie przyjęte zasady zaokrągleń. Kwoty wskazane w ofercie zaokrągla się do pełnych groszy, przy czym końcówki poniżej 0,5 grosza się pomija, zaś końcówki

0,5 grosza i wyższe, zaokrągla się do grosza. Oferta musi być podana w PLN cyfrowo i słownie, do dwóch miejsc po przecinku.

W rozdziale XVIII pn. istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego - wzór umowy- załącznik nr 2 do SIWZ znajdują się następujące postanowienia:

Zamawiający zastrzega możliwość zmiany zapisów niniejszej umowy w zakresie :

- 2) wartości zamówienia, o których mowa w § 3 wzoru umowy (załącznik nr 2 do SIWZ) w przypadku:
- c) przedłużenia się procedury wyboru najkorzystniejszej oferty lub postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, proporcjonalnie o skrócony czas określony w § 2 wzoru umowy (załącznik nr 2 do SIWZ);
- d) zmiany zasad ochrony kompleksu wojskowego, która dopuszczalna jest wyłącznie w przypadku reorganizacji systemu ochrony jednostki i dotyczyć może w szczególności liczby i lokalizacji posterunków oraz ilości pracowników ochrony, jak również czasu sprawowanej ochrony i wymagań dotyczących pracowników ochrony. W przypadku zmniejszenia liczby pracowników ochrony wynagrodzenie Wykonawcy zostanie ustalone proporcjonalnie do zmniejszonej ilości osób wykonujących usługę ochrony obiektu w danej jednostce. Konsekwencją zmniejszenia liczby osób realizujących usługę ochrony obiektu wojskowego będzie obniżenie ceny za jedną godzinę ochrony obiektu określona w załączniku nr 3 do umowy - zestawieniu cenowym według następującej zasady: cena za jedną godzinę ochrony poszczególnych jednostek wojskowych zostanie pomnożona przez liczbę osób wykonujących usługę po zmniejszeniu i podzielona przez liczbę osób podanych w opisie przedmiotu zamówienia.

§ 2 Termin obowiązywania Umowy – załącznik nr 2 do SIWZ

1. Umowę zawiera się na czas określony, od dnia 31.05.2018 r. godz. 9:00 do dnia 30.11.2020 r. godz. 9:00.
2. Zamawiający zastrzega sobie prawo realizacji niniejszej umowy w kolejnych latach kalendarzowych tj. 2019 i 2020 pod warunkiem zapewnienia (przyznania) w planie finansowym na następny (kolejny) rok środków finansowych na realizację zadania stanowiącego przedmiot umowy, a w przypadku ograniczenia tych środków, w zakresie i do wysokości środków określonych w zmienionym planie finansowym.

3. (...) Realizacja umowy i jej zakres na kolejny rok kalendarzowy ustalana będzie w formie aneksu do umowy, w razie nie przyznania środków finansowych na realizację zadania stanowiącego przedmiot niniejszej umowy, w kolejnym roku kalendarzowym lub ograniczenie wysokości tych środków.

§ 3 Wartość Umowy i warunki płatności

1. Za wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe ustalone na podstawie złożonej przez Wykonawcę oferty.

2. (...)

3. Całkowitą wartość umowy (na lata 2018, 2019, 2020) strony określają na kwotę:

a) netto: /słownie:

b) brutto: /słownie:

z zastrzeżeniem §2 ust. 2 i 4, § 5 ust. 3 pkt 2 lub § 6 ust. 3.

4. Roczne wynagrodzenie za wykonywaną usługę wynosi:

1) w roku 2018 (z okresem rozliczeniowym od 31.05.2018 r. godz. 09.00 do 31.12.2018 r. godz. 24.0) wynosi brutto..... (słownie:.....) w tym netto zł (słownie:.....)

2) w roku 2019 (z okresem rozliczeniowym od 01.01.2019 r. godz. 00.00 do 31.12.2019 r. godz. 24.0) wynosi brutto (słownie:.....) w tym netto.....zł (słownie:.....)

3) w roku 2020 (z okresem rozliczeniowym od 01.01.2020 r. godz. 00.00 do 30.11.2020 r. godz. 09.0) wynosi brutto..... (słownie:.....) w tym netto. zł (słownie:.....)

z zastrzeżeniem § 2 ust. 2 i 4, § 5 ust. 3 pkt 2 lub 5 i 6 ust. 3.

§ 5 ust. 3 odpowiada treści przywołanego powyżej rozdziału XVIII pn. istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

§ 6 Warunki odstąpienia od umowy. W takim wypadku Wykonawca może zadać jedynie wynagrodzenia należnego mu z tytułu wykonania części umowy.

Wartość zamówienia została ustalana przez Zamawiającego na kwotę 19 894 554, 88 zł netto.

Jak wynika z protokołu postępowania przetargowego, bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający poinformował wykonawców, że zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 5,253,815,94 zł brutto.

W postępowaniu złożono 8 ofert. Odwołujący zaproponował za realizację zamówienia kwotę 21 911 417,07 zł brutto, zaś Przystępujący kwotę 20 884 117,06 zł. brutto (netto 16,978,956,96). Oferta Przystępującego była więc o 3,905,160.01 tańsza (19.7% tańsza od wartości netto zamówienia ustalonej przez Zamawiającego).

Pismem z dnia 18 maja 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania przetargowego. Za najkorzystniejszą została uznana oferta Przystępującego. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty podniesione przez Odwołującego uznać należy za zasadne.

Zarzuty uznane za zasadne przez Izbę

- I. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 UZNK

Zgodnie z przywołanym przepisem postępowanie o udzielenie zamówienie publicznego jest jawne. W ust. 3 ustawodawca wskazał, iż nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.

Zasada jawności postępowania jest naczelną zasadą postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Wynika ona z zawartego w art. 61 Konstytucji prawa każdego obywatela do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej, zwłaszcza w sytuacji, w której organy te dysponują środkami publicznymi. Ograniczenie zasady jawności możliwe jest wyłącznie w ściśle określonych sytuacjach, wskazanych przez ustawodawcę. Z takim wyjątkiem mamy do czynienia w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Ustawodawca bowiem umożliwia

wykonawcom zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile wykonawca taki nie później niż w terminie składania ofert zastrzegł takie informacje oraz wykazał, iż spełniają one przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ustawa Pzp w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa odsyła do UZNK. Zgodnie z art. 11 ust. 4 UZNK, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w tym przepisie (wartość gospodarcza informacji, nieujawnienie jej do wiadomości publicznej, działania zmierzające do zachowania poufności) muszą być spełnione łącznie.

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podkreślić również należy, że nie jest właściwe traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu. Stąd, tego rodzaju sytuacje winny być przez wykonawców nie nadużywane i ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, zaś z perspektywy zamawiającego – powinny być badane z wyjątkową starannością.

Podkreślić należy, że zamawiający przychyłając się do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja prawdziwości stanowiska oferenta nie może odbyć się wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być oparta

obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy.

Podsumowując, dla skutecznego zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawca zobowiązany jest: (i) zastrzec, które informacje podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa; (ii) wykazać spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ZNKU; (iii) przy czym obie te czynności powinny nastąpić – co do zasady – nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Zamawiający dokonał błędnej weryfikacji i oceny wyjaśnień przedłożonych przez Przystępującego. Dokonując analizy powyższych wyjaśnień Izba nie znalazła podstaw do uznania, że wypełnione zostały przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa określone w art. 11 ust. 4 UZNK. Podkreślić w tym miejscu należy, że Przystępujący wskazał wyłącznie w treści pisma z dnia 10 maja 2018 r., że zastrzeżona kalkulacja jest, w jego ocenie, dokumentem objętym tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż nie został on ujawniony innym wykonawcom ani innym podmiotom trzecim.

Po pierwsze, wskazać należy, że Przystępujący w żaden sposób nie odniósł się do aspektu wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Ustawodawca wskazał, iż dla uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa należy wykazać, że informacji ta (tj. informacja techniczna, technologiczna, organizacyjna przedsiębiorstwa lub inne informacje) posiada wartość gospodarczą. Samo zakwalifikowanie określonej informacji jako poufnej nie przesądza o jej wartości gospodarczej. Wykonawca zastrzegający określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa musi wykazać Zamawiającemu m.in., że dane informacje posiadają określoną wartość gospodarczą. Wartość ta może wyrażać się w sposób pozytywny – poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa – może znaleźć uchwytty wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Wartość

gospodarcza to wartość informacji w obrocie, pozwalająca skwantyfikować informację i ująć ją w postaci wartości o charakterze finansowym. Wartość ta ma zatem wymiar obiektywny.

W ocenie Izby złożone wyjaśnienia nie dawały również podstaw do przyjęcia, iż Przystępujący wykazał spełnienie przesłanki braku ujawnienia zastrzeżonych informacji do wiadomości publicznej oraz podjęcia działań zmierzających do zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. W treści złożonych wyjaśnień Przystępujący odwołał się do ogólnych twierdzeń bez przedstawienia jakiegokolwiek dowodu na potwierdzenie, iż podjął jakiegokolwiek kroki zmierzające do zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. W samym zaś dokumencie brak jest jakiegokolwiek adnotacji, iż zawiera on informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Subiektywne twierdzenie wykonawcy nieoparte żadnymi obiektywnymi dowodami nie mogą stanowić wyłącznej podstawy do uznania spełnienia przesłanek uzasadniających zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ponadto, w okolicznościach przedmiotowej sprawy Przystępujący składając wyjaśnienia nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu, że informacje zastrzeżone podlegały szczególnej procedurze w jego przedsiębiorstwie, które to procedury prowadziły, np. do zawężenia grona osób mogących zapoznać się z tymi informacjami. Ogólne i subiektywne stwierdzenia wykonawcy nie mogą być uznane za wykazanie spełnienia przesłanek, o których ustawodawca mówi w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Co więcej podczas rozprawy, Zamawiający wskazał, że informacje o ilości rbg wskazane w treści wyjaśnień są informacjami wynikającymi ze SIWZ, zaś informacją stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa jest informacja zawarta wyłącznie w kolumnie „Pozostałe koszty wraz z marżą (tj. koszty dodatkowego wyposażenia pracownika SUFO, szkolenie strażnicze, samochody itp.). Nie sposób zgodzić się z Zamawiającym. Umożliwienie wykonawcy zastrzeżenia wyłącznie kosztu wyceny danej usługi byłoby nieuzasadnionym naruszeniem zasady jawności oraz niedozwolonym ograniczaniem prawa dostępu wykonawcom biorącym udział w postępowaniu do ofert innych wykonawców w celu weryfikacji prawidłowości kalkulacji ceny. Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach nie zawarł żadnej metodologii obliczenia ceny, żadnych szczegółowych informacji dotyczących kosztów zatrudnienia czy też informacji handlowych związanych z nabyciem wyposażenia czy szkoleniami. Zbiorcza wycena kilku elementów składających się na realizację zamówienia nie może być, w analizowanym stanie faktycznym, uznana za informację mającą wartość gospodarczą. Jest to element wyceny zamówienia, który podlega analizie i ocenie przez Zamawiającego, jak również przez innych wykonawców pod względem prawidłowości i realności wyceny. Zastrzeżenie zaś takiej informacji jest wyłącznie, w ocenie Izby, próbą uniemożliwienia innym

wykonawcom kwestionowania poprawności kalkulacji Przystępującego, i jako takie jest niedopuszczalne.

Podkreślić w tym miejscu należy, że nie budzi wątpliwości, iż obowiązek wykazania w/w przesłanek ustawodawca nałożył na wykonawcę już na etapie składania ofert. Zamawiający nie ma prawa zastępować wykonawcy w takim wykazaniu, a w szczególności bezkrytycznie przyjmować, że skoro pewne informacje, co do zasady, mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, to pozwala to zamawiającemu zwolnić wykonawcę z obowiązku wykazania, że również stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa tego konkretnego wykonawcy. W obecnym stanie prawnym domaganie się dalszych wyjaśnień (po złożeniu informacji zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa), czy wzywaniu do złożenia wyjaśnień przez zamawiającego byłoby zaprzeczeniem celu nowelizacji i stanowiłoby naruszenie obowiązującego prawa, a dodatkowo powodowałoby uchybienie ustawowemu terminowi na składanie wyjaśnień wynikającemu z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Dopuszczenie możliwości uzupełnienia dokumentów rodziłoby ryzyko naruszenia zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – tj. zasady równego traktowania wykonawców poprzez wydłużanie niektórym wykonawcom ściśle określonego terminu na dokonanie określonych czynności. Ustawodawca w sposób klarowny wskazał termin, jak i czynności konieczne do wykazania zasadności zastrzeżenia określonych informacji. Zamawiający winien w stosunku do każdego z wykonawców zastosować taki sam standard postępowania. Dlaczego bowiem wykonawca, który z niedbalstwa lub niedochowania należytej staranności w wykazaniu przesłanek z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp miałby być lepiej traktowany od wykonawcy, który zaangażował odpowiednie zasoby i czas na wykazanie w sposób profesjonalny w/w przesłanek.

Tym samym Izba uznała, że dostane przez Przystępującego w dokumenty w dniu 16 maja 2018 r. należy uznać za spóźnione. Dokumenty te winny być złożone wraz z pismem z dnia 10 maja 2018. Data ich powstania potwierdza, iż były one dostępne Przystępującemu w dniu 10 maja 2018 r. i od profesjonalnego wykonawcy oczekiwać należy, iż zna przepisy, a co więcej, dochowa należytej staranności w udzielanych Zamawiającemu odpowiedziach na zapytania. Usankcjonowanie przez Izbę niestaranności i braku profesjonalizmu ze strony wykonawców jest niedopuszczalne.

Mając na uwadze brzmienie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp stanowiącego, iż nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż

zastrzeżone informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa, Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał, informacje zawarte w załączniku do pisma z dnia 10 maja 2018 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i winny one być odtajnione przez Zamawiającego.

II. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp

Zgodnie z 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: (i) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847); (ii) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; (iii) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; (iv) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; (v) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Dalej ustawodawca wskazał, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Zamawiający odrzuca ofertę 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. Ustawodawca nakłada więc na wykonawcę obowiązek złożenia wyjaśnień oraz dowodów na wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z treścią przywołanego przepisu, zamawiający w każdym przypadku, kiedy oferowana przez wykonawcę cena lub proponowany koszt lub ich istotne części składowe wydają mu się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia (czyli wartości tego zamówienia) i powźmie wątpliwość, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w oparciu o określone przez niego – lub wynikające z odrębnych przepisów – wymagania, zobowiązany jest o zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Ustawodawca nie wskazuje wprost na przesłanki, które muszą

zaistnieć, aby zamawiający miał obowiązek uznania, że występuje podejrzenie złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt, a konsekwencji wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Ustawodawca nie określił precyzyjnie i sztywno przesłanek stosowania tego przepisu, zostawiając tym samym zamawiającemu swobodę w podejmowaniu decyzji. Z tej swobody skorzystał Zamawiający w analizowanym stanie faktyczny. Wezwał bowiem pismem z dnia 8 maja 2018 r. Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty i jej istotnych składników cenowych. Przystępujący pismem z dnia 10 maja 2018 r. złożył wyjaśnienia. Nie kwestionował czynności Zamawiającego, nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń co do zasadności wezwania. Kwestionowanie więc podczas rozprawy zasadności wezwania jest, w ocenie Izby, spóźnione. Przystępujący miał prawo odwołać się od decyzji Zamawiającego, czego jednak na uczynił.

Dalej wskazać należy, że obowiązkiem Przystępującego było wykazanie Zamawiającemu, że cena jaką zaproponował za realizację zamówienia jest ceną rynkową i nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. Okoliczność taką wykonawca winien udowodnić. Ustawodawca nakłada bowiem na wykonawcę w art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek złożenia wyjaśnień, w tym dowodów potwierdzających realność zaoferowanej ceny lub jej istotnych części składowych. Wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie mogą ograniczyć się do ogólnych stwierdzeń o doświadczeniu, organizacji pracy czy wykwalifikowanych pracownikach. Czynniki te winny zawsze znaleźć odniesienie do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ i przedstawienia konkretniej, a zarazem wiarygodniej i rzetelnej analizy, potwierdzonej odpowiednimi dowodami, iż wykonawca ma możliwość wykorzystania posiadanej wiedzy, doświadczenia, kardy w warunkach konkretnego postępowania przetargowego. Tylko bowiem w takiej sytuacji zamawiający będzie miał możliwość rzeczywistego zweryfikowania realności zaproponowanej ceny. Podkreślić bowiem należy, że wyeliminowanie z postępowania ofert zawierających rażąco niskie ceny jest istotne z uwagi na znaczną szkodliwość takich ofert, które mogą opierać się na nieracjonalnych pod względem technicznym, ekonomicznym lub prawnym założeniach lub praktykach, co może w konsekwencji skutkować uchybienia na etapie realizacji zamówień. Oczywistym jest bowiem, że rażąco niska cena uderza w uczciwych, działających zgodnie z przyjętymi praktykami rynkowymi wykonawców, którzy rzetelnie wycenili swoją ofertę. Oferta zawierająca rażąco niską cenę naraża równocześnie zamawiającego na ryzyko wykonania zamówienia na niższym niż wymagany poziom jakości, ponieważ wykonawca na etapie realizacji umowy, szukając oszczędności, próbuje działać niezgodnie z wytycznymi SIWZ. To zaś może również skutkować opóźnieniami w realizacji inwestycji, a niejednokrotnie koniecznością odstąpienia od umowy. Z powyższymi okolicznościami zamawiający borykają się na co dzień. Dlatego też tak istotne, w ocenie Izby

jest, aby wyjaśnienia składane przez wykonawców oraz dowody nie ograniczały się go generalnych stwierdzeń, niemających żadnego przełożenia na realia konkretnego postępowania przetargowego. To wykonawca obarczony jest ciężarem wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający zaś ze złożonych wyjaśnień winien mieć możliwość dokonania rzetelnej analizy realności założeń przyjętych przez wykonawcę przy szacowaniu ceny za realizację zamówienia. Wykonawca winien w treści złożonych wyjaśnień udowodnić zamawiającemu, że w realiach tego konkretnego postępowania przetargowego, mając na uwadze istniejące i wykazane indywidualne uwarunkowania wykonawcy możliwe jest obniżenie kosztów realizacji zamówienia. Bez takiej analizy, wyjaśnienia wykonawcy pozostają wyłącznie nic nieznaczącymi ogólnikowymi zapewnieniami o chęci realizacji zamówienia na najwyższym poziomie. Nie taki zaś był cel ustawodawcy wskazany w art. 90 ust. 1, 1a i 2 stawy Pzp.

W ocenie Izby Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, iż zaoferowana przez niego cena za realizację zamówienia nie jest ceną rażąco niską. Wskazać należy, że przedmiotem zamówienia jest usługa w zakresie ochrony osób i mienia. Tym samym, co istotne w kontekście badania rażąco niskiej ceny, mamy do czynienia z tzw. usługami miękkimi, tj. z usługami których zasadniczą pozycję kosztową stanowi praca osób realizujących zamówienie. Powyższe oznacza, że wykonawca kalkulując cenę za tego typu usługi bierze pod uwagę przede wszystkim koszty pracy osób je realizujących. Koszty takie podlegają weryfikacji pod względem wymogów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę, z uwzględnieniem obowiązkowych kosztów pracowniczych. Aby dokonać takiej analizy wykonawca winien przedłożyć szczegółową kalkulację dotyczącą liczby pracowników przewidzianych do realizacji zamówienia, przewidzianego wynagrodzenia i pozostałych kosztów zatrudnienia. W przedłożonej zaś przez Przystępującego kalkulacji zamieszczone zostało zbiorcze wyliczenie kosztów wszystkich pracowników zatrudnionych na umowy o pracę przewidzianych do realizacji zamówienia, bez rozbicia na jakikolwiek elementy składowe składające się na koszty zatrudnienia. Zamawiający winien mieć możliwość oceny czy w sposób realny zostały wycenione koszty rbg, koszty urlopów, koszty zwolnień, nieprzewidzianych usprawiedliwionych nieobecności w pracy, koszty ubezpieczeń, koszty nadgodzin. Takich informacji w złożonej kalkulacji brak. Dalej, Przystępujący w tabeli zawarł ogólne zbiorcze wyliczenie „Pozostałych kosztów wraz z marżą (tj. koszty dodatkowego wynagrodzenia pracownika SUFO, szkolenia strzeleckie, samochody itp.). Brak jest jednakże rozbicia na ceny za poszczególne elementy składające się na realizację zamówienia. Takie rozbicie, jest w ocenie Izby, konieczne do weryfikacji co zostało przez wykonawcę wycenione, na jakim poziomie i czy zaproponowana cena ma charakter rynkowy, realny. To nie Zamawiający ma dokonywać obliczeń w imieniu wykonawcy, to wykonawca ma

przedłożyć dokładną i szczegółową analizę kosztów realizacji zamówienia, z wyszczególnieniem elementów wskazanych w SIWZ w zakresie koniecznego umundurowanie, wyposażenia, szkolenia. Takich elementów Przystępujący nie zawarł w swoich wyliczeniach.

W ocenie Izby złożona przez Przystępującego kalkulacja nie zawiera informacji koniecznych do stwierdzenia czy zaoferowana przez niego cena lub jej istotny składnik nie nosi znamion rażąco niskiej. Brak szczegółów dotyczących poszczególnych elementów kosztotwórczych uniemożliwia przeprowadzenia weryfikacji założeń finansowych Przystępującego. W konsekwencji uznać należy, że wykonawca w swoich wyjaśnieniach nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, a tym samym Izba uznała, iż oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Podkreślić należy, że Przystępujący, jako profesjonalista działających na rynku, winien mieć świadomość, iż wyliczając koszty realizacji zamówienia zobowiązany jest udowodnić realny charakter przyjętych stawek kosztowych. Kalkulacja kosztowa zawierająca dwie zbiorcze pozycje nie może być utożsamiona z wykazaniem realności zaproponowanej ceny, gdyż nie zawiera ona wystarczających informacji, które umożliwiłyby taką weryfikację.

Zarzuty, które w ocenie Izby nie potwierdziły się

- I. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp

Istota podniesionego zarzutu sprowadzała się do stwierdzenia, iż oferta Przystępującego podlega odrzuceniu z uwagi na jej niezgodność z postanowieniami SIWZ oraz z powodu tego, iż zawiera błąd w obliczeniu ceny. (art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp)

Izba nie podziela w tym zakresie stanowiska Odwołującego. Wskazać należy, że art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ustawodawca zobowiązał więc zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż niezgodność treści oferty ma dotyczyć wymagań merytorycznych, które zostały wyartykułowane w SIWZ.

Odwołujący argumentował, iż Przystępujący nie zastosował się do wyraźnej instrukcji Zamawiającego co do sposobu obliczenia ceny jak i sposobu wypełnienia poszczególnych dokumentów składających się na treść oferty. Przystępujący wprowadził dwie ceny jednostkowe za wykonanie usługi: jedną w tabeli zbiorczej załącznika nr 1.1 do SIWZ, a drugą w zestawieniu poszczególnych lat w/w załączniku. W ocenie Odwołującego, wykonawca miał podać tylko jedną cenę jednostkową za dany obiekt, a cena ta winna być również odzwierciedlona w tabeli zbiorczej.

Podkreślić jednakże należy, że z postanowień SIWZ nie wynika, iż wykonawca miał podać tę samą cenę jednostkową w tabeli zbiorczej, co w tabelach za poszczególne lata. Taki obowiązek nie został wyartykułowany przez Zamawiającego. W treści załącznika nr 1.1 do SIWZ „Zestawienie cen przedmiotu zamówienia” brak jest szczegółowej instrukcji co do sposobu wypełnienia formularza. Zamawiający wskazał wyłącznie, iż wykonawca dokonując wyceny usługi winien przewidzieć wszelkie zmiany mające wpływ na wzrost wynagrodzenia przysługującego wykonawcy. Obowiązek taki nie wynika również z pozostałych postanowień SIWZ. W informacjach dotyczących sposobu obliczenia ceny zawartych w rozdziale XIV SIWZ Zamawiający wskazał wyłącznie, iż wykonawca obliczając cenę ofertową winien odnieść się do formularza cenowego, policzyć cenę jednostkową za 1 godzinę pracy na obiekcie, w oparciu o liczbę godzin i czas. Zamawiający wskazał również, iż wynagrodzenie będzie wypłacane w comiesięcznych cyklach rozliczeniowych, a ich łączna kwota nie przekroczy ostatecznej sumarycznej kwoty wynagrodzenia ryczałtowego brutto. Wykonawca podzielił proporcjonalnie cenę brutto oferty na 30 miesięcy. Nie sposób wywieść z powyższych zapisów obowiązku wskazania wyłącznie jednej ceny jednostkowej za wszystkie lata realizacji usługi na poszczególnych obiektach. Jak wskazał sam Przystępujący, z uwagi na różną liczbę godzin w poszczególnych latach jak i okresu obowiązywania umowy konieczne było obliczenie cen jednostkowych na poszczególne lata, zaś cena jednostkowa wskazana w tabeli zbiorczej jest średnią ważoną cen jednostkowych za poszczególne lata. Izba przychyliła się w tym zakresie do stanowiska Przystępującego. Wobec braku wyartykułowania przez Zamawiającego obowiązku wskazania wyłącznie jednej ceny jednostkowej na wszystkie lata jak i charakteru zestawienia zbiorczego, za racjonalne i uzasadnione uznać należy działanie Przystępującego i wypełnienie zestawienia cenowego w ten sposób, że w tabeli zbiorczej zestawienie przedstawił średnią ważoną cen jednostkowych oraz dokonał indywidualnej wyceny kosztu jednej godziny ochrony obiektu w każdym roku.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Przystępujący zaproponował wyłącznie jedną cenę za realizację zamówienia. Została ona odzwierciedlona zarówno w formularzu cenowym, jak i w zestawieniu cen przedmiotu zamówienia. Wartość zamówienia za rok 2018, 2019 i 2020 odpowiada łącznej wartości zamówienia wskazanej w formularzu cenowym, jak również w

końcowej części zestawienia, zaś cena brutto w zestawieniu zbiorczym jest średnią ceną brutto, wynikająca z przyjętego przez Przystępującego sposobu wypełnienia Zestawienia cen. Izba nie podziela wątpliwości Odwołującego co do nieprawidłowości, jakie mogą wynikać na etapie realizacji umowy z tytułu sposobu w jaki Przystępujący wypełnił Zestawienie cen. Po pierwsze, to Zamawiający w sposób nieprecyzyjny określił sposób wypełnienia Zestawienia cen, a tym samym wyciąganie wobec Przystępującego negatywnych konsekwencji byłoby nieuprawnione. Po drugie, wynagrodzenie za poszczególne lata nie może przekroczyć wartości wskazanej w Zestawieniu cen za poszczególne lata. Zaś sposób wyliczenia wynagrodzenia wskazany w SIWZ oraz we wzorze umowy odbywa się z pominięciem cen jednostkowych, w oparciu o cenę całościową brutto wykonawcy, która jest jedna w ofercie Przystępującego, wskazana w Formularzu cenowym oraz w zestawieniu cen w pozycji „łączna wartość zamówienia”. Podana w zestawieniu zbiorczym cena brutto jest, w ocenie Izby, średnią wynikającą z przyjętej metodologii wyceny ceny jednostkowej. W przypadku zmiany zakresu umowy, która może powodować konieczność sięgnięcia do cen jednostkowych, nie ma w ocenie Izby wątpliwości, iż racjonalne i uzasadnione jest sięgnięcie do cen jednostkowych za dany rok, nie zaś do zbiorczego zestawienia. Z uwagi na brak określenia przez Zamawiającego charakteru i znaczenia zestawienia zbiorczego, zasadnym jest przyjęcie iż zawiera one średnie ceny za okres realizacji zamówienia.

Nie ma również podstaw do twierdzenia, iż oferta Przystępującego winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Skoro Izba uznała, iż nie było obowiązku wskazania tej samej ceny jednostkowej w zestawieniu zbiorczym oraz w tabelach w poszczególnych latach, nie sposób tym samym uznać, iż Przystępujący popełnił błąd przy obliczeniu ceny za realizację zamówienia.

II. Zarzut naruszenia art. 38 ust. 4 ustawy Pzp

Zgodnie z przywołanym przepisem w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę treści specyfikacji zamawiający udostępnia na stronie internetowej, chyba że specyfikacja nie podlega udostępnieniu na stronie internetowej.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego jakoby Zamawiający dokonał nieuprawnionej zmiany i doprecyzowania treści SIWZ tj. załącznika nr 1.1 do SIWZ. W ocenie Izby Zamawiający przedstawił wyłącznie swoje stanowisko w sprawie. Nie dokonał żadnej modyfikacji SIWZ. Stanowiska Zamawiającego podlega ocenie przez Izbę. W analizowanym stanie faktycznym Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił co miał na

myśli używając stwierdzenia „pomocniczy” charakter Zestawienia cen. Zgodzić się należy z Odwołującym, że w SIWZ brak jest jakiegokolwiek postanowienia o pomocniczym charakterze podanych w załączniku nr 1.1 cen jednostkowych. Wykonawcy mieli obowiązek podać takie ceny jednostkowe, zaś ich niewskazanie skutkowałoby nieprawidłowym wypełnieniem dokumentu. Okoliczność, iż ceny jednostkowe nie mają znaczenia przy obliczeniu miesięcznego wynagrodzenia wykonawcy nie może uchybiać obowiązkom, jakie sam Zamawiający nałożył na wykonawców w zakresie informacji, jakie winny zostać zamieszczone w załączniku nr 1.1. Działanie Zamawiającego nie stanowi jednakże, w ocenie Izby, naruszenia art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Jest to wyłącznie w ocenie Izby niezasadne stanowisko Zamawiającego, który nie zasługuje na aprobatę.

Mając na uwadze powyższy, Izba orzekła jak w 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 1 i 2 i § 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).

Przewodniczący: