

Sygn. akt: KIO 1243/11

## WYROK

z dnia 20 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 czerwca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2011 r. przez wykonawcę **SYGNITY S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd do Spraw Cudzoziemców, ul. Koszykowa 16, 00-564 Warszawa**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ESAProjekt Sp. z o.o. i Rodan Systems S.A., ul. Bytkowska 1b, 40-955 Katowice**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1243/11 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **SYGNITY S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **SYGNITY S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „modernizacja krajowego zbioru rejestrów, ewidencji i wykazu w sprawach cudzoziemców o nazwie System Pobyt”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 marca 2011 r., numer ogłoszenia 2011/S 44-072923.

Odwołujący wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) dalej „Pzp”:

1. art. 7 ust. 1 poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 8 ust. 1 poprzez naruszenie zasady jawności postępowania w wyniku nieodtajnienia przez Zamawiającego wyjaśnień, dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, złożonych przez Wykonawcę Konsorcjum ESAPROJEKT Sp. z o.o. i Rodan System S.A., zwane dalej „Konsorcjum ESAProjekt”, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 poprzez nieodrzućenie przez Zamawiającego oferty złożonej przez Konsorcjum ESAProjekt, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
4. art. 91 ust. 1 poprzez nie wybranie oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych w SIWZ.

W świetle powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum ESAProjekt ,
2. powtórzenie czynności oceny i badania złożonych ofert ,
3. odtajnienie wyjaśnień Konsorcjum ESAProjekt, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i złożonych w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
4. odrzućenie oferty Konsorcjum ESAProjekt, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
5. dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podnosi, iż nieujawnienie wyjaśnień złożonych dnia 23 maja 2011 r. przez Konsorcjum ESAProjekt i dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa,

w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, było nieuzasadnione. Odwołujący zwraca uwagę, iż zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp, Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp. Informacjami tymi są podawane podczas otwarcia nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. W opinii Odwołującego, wyjaśnienia udzielone przez Konsorcjum ESAProjekt, stanowią informacje dotyczące ceny i w tym przypadku nie mogą zostać skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Na poparcie swojego stanowiska przytacza również tezy z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej w następujących sprawach: sygn. akt: KIO/UZP 798/09, sygn. akt: KIO/UZP 745/08, sygn. akt. : KIO/UZP 1110/08, sygn. akt.: KIO/UZP 1455/08.

Odwołujący z ostrożności procesowej oraz z powodu nieudostępnienia ww. wyjaśnień przez Zamawiającego podnosi, że zgodnie z opinią wyrażoną w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 847/10 i KIO/UZP 882/10, wraz ze złożeniem przez zamawiającego żądania udzielenia wyjaśnień, w świetle brzmienia art. 90 ust. 1 Pzp, ciężar wykazania faktu, że cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy składającym ofertę. Powyższe pociąga za sobą wymóg, aby owe wyjaśnienia, o których mowa w art. 90 ust. 1 i 2 Pzp były wyczerpujące, miały charakter skonkretyzowanych do sytuacji wykonawcy, a przede wszystkim odnosiły się do tych elementów kalkulacyjnych, które miały wpływ na wielkość zawartej w ofercie ceny. Analogiczne stanowisko wyrażone zostało w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 r., sygn. akt: V Ca 2214/06, w którym podkreślono, że przedstawione przez wykonawcę składającego ofertę, wyjaśnienia podlegają ocenie zamawiającego i jako takie winny być poddane analizie zmierzającej do przesądzenia czy cena jest poprawnie skalkulowana. Z tego względu, dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego nieodrzczenia przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oferty Konsorcjum ESAProjekt, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Odwołujący stwierdza, powołując się na utrwaloną linię orzecznictwa oraz opinię prawną Urzędu Zamówień Publicznych, opublikowaną w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych Nr 5 z listopada 2009 r., dotyczącą rażąco niskiej ceny, iż: *„Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177) zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. (...) Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji*

*zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależyтым wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. Jak wynika z treści zacytowanego powyżej art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy, punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest ustalona przez zamawiającego cena za przedmiot zamówienia, czyli wartość przedmiotu zamówienia oszacowana przez zamawiającego powiększona o podatek VAT. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 wyraźnie bowiem wskazuje, iż chodzi o odniesienie ceny do przedmiotu zamówienia. "*

Zamawiający określił wartość szacunkową zamówienia na poziomie 1.085.365,50 zł netto, w tym wartość zamówień uzupełniających, stanowiących 50 % wartości zamówienia podstawowego, ustalona została na poziomie 361.788,50 zł netto (protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego). Z powyższego wynika, że wartość zamówienia podstawowego oszacowana została na poziomie 723.577,00 zł netto, co po powiększeniu o kwotę podatku VAT (stawka 23%) daje kwotę wynoszącą 889.999,71 zł brutto. Jednocześnie Zamawiający przed dokonaniem czynności otwarcia ofert, jako kwotę jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia podał kwotę wynoszącą 889.999,70 zł brutto.

Ceny ofertowe w 3 złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofertach nie przekraczają ustalonej przez Zamawiającego kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia. Wykonawca PWPW, firma uznana i licząca się na rynku informatycznym, złożyła ofertę z ceną ofertową w wysokości 848.700,00 zł brutto, co stanowi 95,36% ceny za przedmiot zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego. Odwołujący, dotychczasowy wykonawca umów na budowę, wdrożenie i późniejsze modernizacje Systemu Pobyt, złożył ofertę z ceną ofertową w wysokości 676.074,00 zł brutto, co stanowi 75,96% ceny za przedmiot zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego. Konsorcjum ESAProjekt złożyło ofertę z ceną ofertową w wysokości 389.000,00 zł brutto, co stanowi tylko 43,71 % ceny za przedmiot zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego. Zaoferowana przez Konsorcjum ESAProjekt cena jest ceną niewiarygodnie i rażąco niską w odniesieniu do wartości przedmiotu zamówienia. W konsekwencji dokonanie wyboru oferty z tak nierealną niską ceną grozi Zamawiającemu nienależyтым wykonaniem lub nawet niewykonaniem zamówienia w przyszłości.

Odwołujący wyjaśnia, iż o ile uznać należy, że Odwołujący z uwagi na dotychczasowe doświadczenie oraz posiadaną dogłębną, szczegółową wiedzę o budowie Systemu Pobyt i procesach biznesowych, realizowanych za jego pomocą, skalkulował swoją cenę ofertową na poziomie niższym o 24,04 % niż oszacowanie ceny przedmiotu zamówienia, dokonane przez Zamawiającego, o tyle takiego argumentu nie można przyjąć w przypadku ceny zaoferowanej przez Konsorcjum ESAProjekty. Odnotowania wymaga, iż Wykonawca PWPW nie posiadając wiedzy oraz dotychczasowego doświadczenia Odwołującego w zakresie budowy i funkcjonowania Systemu Pobyt, skalkulował cenę oferty na poziomie nieznacznie niższym (o

4,64 %) od oszacowania ceny przedmiotu zamówienia, dokonanego przez Zamawianego. Tym bardziej nieoczekiwanym jest fakt, iż Konsorcjum ESAProjekt, nie posiadając ww. dotychczasowego doświadczenia i wiedzy w zakresie Systemu Pobyt zaoferowało cenę niewiarygodnie niższą, aż o 64,29 % od oszacowania ceny przedmiotu zamówienia, dokonanego przez Zamawiającego. Złożenie przez Konsorcjum ESAProjekt oferty z tak wysoce zaniżoną ceną ofertową może rodzić nawet podejrzenie dokonania czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Każdy z wykonawców, dokonując przez złożeniem oferty kalkulacji oferowanej ceny, powinien wziąć pod uwagę złożoność Systemu Pobyt, który będzie podlegał modyfikacjom w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia. Należy jednoznacznie stwierdzić, że System Pobyt to skomplikowany system o rozproszonej architekturze, obejmujący swoją budową dwie aplikacje internetowe (wykorzystywane przy pomocy przeglądarek internetowych) oraz szereg modułów komunikacyjnych, zapewniających wymianę danych z systemami informatycznymi innych instytucji i urzędów pełniących funkcje publiczne, m.in.: Policji, Straży Granicznej, MSZ, Centrum Personalizacji Dokumentów MSWiA, ABW. Charakteryzując System Pobyt w ujęciu technologicznym należy stanowczo podkreślić, że jest to system informatyczny zaprojektowany i wykonany przed 12 laty. Kolejne modyfikacje systemu w trakcie tych 12 lat, były wykonywane z zastosowaniem zmieniających się – w miarę rozwoju i postępu technik budowy aplikacji internetowych - technologii. Część z tych technologii jest obecnie bardzo rzadko stosowana i nie jest już od dawna rozwijana oraz wspierana przez producentów tych rozwiązań (przykładowo tzw. serwlety wizualne firmy IBM). Powyższe okoliczności skutkują wysokimi kosztami konserwacji Systemu Pobyt, związanymi ze złożonością jego diagnostyki oraz koniecznością posiadania licznego zespołu realizacyjnego, mającego szeroki zakres specjalizacji. Kalkulacja ceny ofertowej z pewnością winna była uwzględniać wycenę niżej wymienionych elementów: zapoznanie się z dokumentacją i kodami źródłowymi systemu, wykonanie wyspecyfikowanych modyfikacji systemu, świadczenie serwisu gwarancyjnego, ryzyka związane m.in. z zakresem zmian, krótkimi terminami realizacji oraz złożonością systemu.

Odwołujący podkreśla, że wymagane w przedmiotowym zamówieniu modyfikacje Systemu Pobyt są złożone i pracochłonne, a terminy realizacji wskazane przez Zamawiającego w SIWZ i załącznikach bardzo krótkie. W szczególności około 90 % prac związanych z modyfikacjami, będącymi przedmiotem zamówienia (etapy 1, 2 i 3) musi być wykonanych w terminie do 20 lipca 2011 r. Tak krótki termin realizacji ma również znaczący wpływ na cenę.

„Pracochłonność” Odwołującego wymagana do skalkulowania ceny ofertowej została ustalona na podstawie najlepszej wiedzy i długoletniego doświadczenia, nabytego podczas 12 lat najpierw budowy, a następnie kolejnych modyfikacji Systemu Pobyt. Niemożliwym jest, aby

Konsorcjum ESAProjekt oferując tak nierealnie niską cenę za realizację przedmiotowego zamówienia była w stanie zapoznać się ze złożonością Systemu Pobyt w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, przy jednocześnie wymaganym krótkim terminie realizacji większości prac. Należy zaznaczyć, że pomimo posiadania rozległej wiedzy przez Odwołującego na temat Systemu Pobyt, Odwołujący zadał w toku prowadzonego postępowania szereg merytorycznych pytań, dotyczących zakresu wymaganej modyfikacji, mając na celu właściwe skalkulowanie wymaganej pracochłonności oraz ceny ofertowej. Inni wykonawcy takich pytań nie zadawali. Zważywszy na fakt, że Odwołujący, będący twórcą Systemu Pobyt w swojej kalkulacji wziął pod uwagę, mimo znajomości Systemu, ryzyka związane z zakresem wymaganych zmian, krótkimi terminami realizacji oraz złożonością systemu, należałoby przyjąć, że inni uczestnicy postępowania takie ryzyko również winni skalkulować i ująć w cenie oferty.

Bardzo istotnym elementem przedmiotu zamówienia, obok modyfikacji Systemu Pobyt, jest konieczność świadczenia usługi serwisu gwarancyjnego przez okres 12 miesięcy. Należy podkreślić, że przedmiot zamówienia obejmuje nie tylko zapewnienie usługi serwisu gwarancyjnego w odniesieniu do zmian i modyfikacji objętych niniejszym zamówieniem, ale również w stosunku do wykonanego wcześniej całego Systemu Pobyt. Jak wyżej wspomniano, cały System Pobyt to skomplikowany system o rozproszonej architekturze, zaprojektowany przed kilkunastu laty i rozbudowywany do chwili obecnej z wykorzystaniem wielu różnych technologii. W świetle przedstawionych faktów, Odwołujący stwierdza, że Konsorcjum ESAProjekt, dokonując kalkulacji swojej ceny ofertowej mógł nie wziąć pod uwagę wysokich kosztów usługi serwisu gwarancyjnego, albo też nie będzie w stanie świadczyć ww. serwisu gwarancyjnego w sposób należyty.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Wartość niniejszego zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę 1.085.365,50 zł (protokół postępowania – druk ZP-PN). Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podstawowego w wysokości 889.999,670 zł brutto oraz zamówienia uzupełniającego w wysokości 444.999,80 zł brutto (pkt 8 protokołu). W postępowaniu zostały złożone trzy oferty z następującymi cenami: 389.000,00 zł, 676.074,00 zł, 848.700,00 zł (pkt 9 protokołu).

Pismem z dnia 20 maja 2011 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy Konsorcjum ESAProjekt, które złożyło ofertę z najniższą ceną, o udzielenie wyjaśnień, dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny za realizację zamówienia.

W piśmie z dnia 23 maja 2011 r. wskazany Wykonawca udzielił wyjaśnień, zastrzegając jednocześnie, iż przedstawione informacje i kalkulacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Pismem z dnia 24 maja 2011 r. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum ESAProjekt o udzielenie szczegółowych wyjaśnień i uzasadnienie dokonania zastrzeżenia dokumentu z dnia 23 maja 2011 r. jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 24 maja 2011 r. Konsorcjum ESAProjekt wyjaśniło, iż „*powołany dokument został sporządzony na wniosek Zamawiającego w trybie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp celem ustalenia czy złożona przez wykonawcę oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. W treści dokumentu zostały powołane przez nas istotne dane i informacje dotyczące m.in. zastosowanej przez wykonawcę ceny jednego roboczodnia w wysokości brutto. Co najistotniejsze przedmiotowa cena wskazana w uzasadnieniu pisma zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa uwzględnia zysk Wykonawcy. Należy stwierdzić, iż powołana informacja zawiera się w zakresie pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa określonego w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zatem za w pełni uzasadnione należy uznać powołane w dokumencie z dnia 23 maja 2011 r. zastrzeżenie, właśnie z uwagi na informacje handlowe dotyczące przedsiębiorstwa wykonawcy a stanowiące jego tajemnicę. Ewentualne ujawnienie przez Zamawiającego osobom trzecim treści wyjaśnień wykonawcy zawierających poufne dane o przedsiębiorstwie wykonawcy może spowodować negatywne oddziaływanie na dalszą działalność wykonawcy i wymiennie wpłynąć na wyniki kolejnych przetargów, w których zamierza występować wykonawca. Za podstawę prawną powołanego zastrzeżenia należy wskazać przepis art. 8 ust. 3. Jako że konieczność przekazania Zamawiającemu informacji udzielonych w piśmie z dnia 23 maja 2011 r. pojawiła się dopiero na skutek pisma Zamawiającego z dnia 20 maja 2011 r. za uzasadnione należy uznać powołanie tego zastrzeżenia na obecnym etapie postępowania.*”

Pismem z dnia 6 czerwca 2011 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie wyjaśnień udzielonych przez Konsorcjum ESAProjekt w zakresie elementów, mających wpływ na wysokość ceny. Zaś, w przypadku utajnienia wyjaśnień wniósł o zbadanie zasadności dokonanego utajnienia w świetle przepisów dotyczących ochrony informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz o dokonanie odtajnienia tych informacji.

W dniu 7 czerwca 2011 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż „*wyjaśnienia udzielone przez Konsorcjum ESAProjekt Sp. z o.o. i Rodan Systems S.A. dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty (pismo z dnia 23 maja br.), nie zostały udostępnione przez Zamawiającego, gdyż uznano, że przedmiotowy dokument zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższa decyzja została podjęta przez Zamawiającego, po wcześniejszym zbadaniu zasadności dokonania czynności zastrzeżenia dokumentu (tj. wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny za realizację zamówienia). (...) W związku z powyższym Zamawiający uznał, iż*



*informacje podane w piśmie Konsorcjum ESAProjekt Sp. z o.o. i Rodan Systems S.A. z dnia 23 maja br. Stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, mają wartość gospodarczą (przedstawiają rozwinięcie elementów kosztowych wskazujących na sposób kalkulacji ceny złożonej oferty) i tym samym podlegają ochronie przed nieuzasadnionym ich ujawnieniem osobom trzecim.”*

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Jedną z głównych cech postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego jawność (art. 8 ust. 1 Pzp). Przedmiotowa zasada może doznać ograniczeń, jednakże jedynie w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 2 Pzp). Okoliczność tę, wprost wyrażoną w Pzp, stanowi tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przy uwzględnieniu warunku, że wykonawca najpóźniej w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane i nie stanowią informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp (art. 8 ust. 3 Pzp). Ograniczenie przez ustawodawcę możliwości nieujawniania informacji jedynie do tych, które kwalifikują się do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, z jednej strony daje możliwość wykonawcom ochrony informacji wrażliwych, z drugiej zaś nakłada na zamawiającego obowiązek weryfikacji zastrzeżonych informacji pod kątem ich prawidłowej kwalifikacji do kategorii „tajemnica przedsiębiorstwa.” Zatem, zamawiający nie jest uprawniony do bezkrytycznego akceptowania oświadczeń wykonawców w tym przedmiocie, a zobowiązany jest do badania, czy ograniczenie dostępu do informacji, związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, ma swoje umocowanie w przepisach ustawy.

W tym stanie prawnym, po pierwsze, rozważenia wymaga, czy sporne informacje objęte są normą przepisu art. 86 ust. 4 Pzp. Zauważyć bowiem należy, iż odwołanie w art. 8 ust. 3 Pzp do regulacji, zawartej w przepisie art. 86 ust. 4 Pzp, oznacza, iż zastrzeżeniu nie podlegają: nazwy, adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Wskazany przepis posługuje się zwrotem "informacje dotyczące ceny", którego zakres jest, co oczywiste, szerszy od pojęcia "ceny" jednakże, wbrew twierdzeniom Odwołującego, wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej, choć stanowią informacje dotyczące ceny nie mogą być kwalifikowane do okoliczności wymienionych w hipotezie normy, o której mowa w przepisie art. 86 ust. 4 Pzp. Odwołujący bowiem w sposób nieuprawniony pomija, iż wskazany przepis odnosi się do etapu otarcia ofert i tym samym do informacji zawartych w ofertach. Izba podziela zatem stanowisko, iż wszelkie informacje dotyczące ceny zawarte w ofercie podlegają ujawnieniu, tym bardziej, jeśli jak wskazuje orzecznictwo, sposób kalkulacji ceny był ustanowiony w SIWZ. Z sytuacją powyższą nie mamy jednak do czynienia w

niniejszej sprawie, bowiem nie są to informacje objęte ofertą. Nie budzi wątpliwości, iż informacje te nie są składane wraz z ofertą (nie wchodzi w jej skład) i co więcej obowiązek ich złożenia w danym postępowaniu może się nigdy nie zaktualizować.

Co do zarzutu, iż dla skuteczności ich zastrzeżenia konieczne było uczynienie tego zastrzeżenia najpóźniej z chwilą składania oferty, jakkolwiek zarzut ten jest spóźniony, bowiem został zgłoszony dopiero na rozprawie, jednakże na marginesie należy zwrócić uwagę, iż we wskazanym terminie możliwe jest utajnienie tylko tych informacji, które stanowią ofertę. Jakkolwiek obowiązek uczynienia takiego zastrzeżenia co informacji, które hipotetycznie mogą zostać złożone w przyszłości, nie wynika ani z przepisów Pzp, ani tym bardziej z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W dalszej kolejności rozważenia wymaga, czy informacje, dotyczące sposobu budowania ceny, metod jej kalkulacji, ustalania, stanowią informacje organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje mające wartość gospodarczą. W ocenie Izby, sposób kalkulacji ceny, w szczególności kosztów osobowych za jeden dzień pracy można zaliczyć do informacji, które stanowią cenne źródło informacji dla konkurencji, tym bardziej w sytuacji, jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu, gdy głównym elementem cenotwórczym jest koszt pracy pracowników. Stanowisko powyższe jest zbieżne również z tym, prezentowanym w doktrynie, iż różny jest rodzaj chronionych przez art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wiadomości, jedne mają charakter techniczny, inne technologiczny, ale są i takie, które obejmują pewne informacje istotne z punktu widzenia organizacji przedsiębiorstwa jako takiego (jego struktury, przepływu dokumentów, sposobu kalkulacji cen, zabezpieczenia danych itp.). Powyższe potwierdza również fakt, iż sam Odwołujący nie ujawnił kosztów pracy swoich pracowników, nawet na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego, a posłużył się raportem przygotowanym przez firmę Sedlak&Sedlak. Oznacza to, iż w ocenie Odwołującego przedmiotowe informacje wymagają ochrony.

Zaliczenie przedmiotowych wyjaśnień do kategorii informacji, o których mowa w art. 11 ust. 4 powołanej ustawy powoduje, iż dla ustalenia, czy stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne jest stwierdzenie, że nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej a wykonawca podjął niezbędne działania do zachowania ich w poufności. Biorąc pod uwagę fakt, iż Przystępujący złożył w tym przedmiocie oświadczenie, a Odwołujący skutecznie podanym okolicznościom nie zaprzeczył należało przyjąć, iż pozostałe przesłanki również zostały spełnione. Zatem, uznać należy, iż Przystępującemu przysługiwało uprawnienie do zastrzeżenia spornych informacji jako poufnych, co z kolei przesądza o tym, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu zasady jawności nie złamał, a tym samym nie naruszył przepisu art. 8 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z dyspozycją normy prawnej zawartej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę zawierającą rażąco niską cenę. W celu ustalenia tych okoliczności zamawiający zwraca się do wykonawców o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust. 1 Pzp). Ocena zamawiającego, jak wskazuje ustawodawca w przepisie art. 90 ust. 2 Pzp, ma być dokonana w oparciu o obiektywne czynniki, których przykładowe wyliczenie zawarto w powołanym przepisie. Zatem, rolą zamawiającego jest ustalenie, czy w istocie wskazane w wyjaśnieniach czynniki mają charakter obiektywny i w jakim zakresie wpływają na cenę oferty. Jedynie stwierdzenie tych okoliczności może prowadzić do prawidłowej oceny w aspekcie rażąco niskiej ceny.

Zadanie to częstokroć nastęrcza wielu trudności. Przyczyn takiego stanu rzeczy można upatrywać nie tylko w redakcji wyjaśnień, składanych przez wykonawców, ale również, a może przede wszystkim w ocenie, czy przedstawione czynniki mają charakter obiektywny. Zauważyć bowiem należy, iż niezmiernie rzadko wykonawcy wskazują na takie czynniki, jak wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, dostępne jedynie dla danego wykonawcy, czy też wpływ pomocy publicznej, którym obiektywizmu odmówić nie można. Powstaje zatem pytanie, w jaki sposób należy ocenić te czynniki, które w sposób oczywisty charakteru obiektywnego nie mają. W ocenie Izby, uwzględniając wykładnię gramatyczną tego pojęcia, obiektywne czynniki to takie, które odpowiadają rzeczywistości. W tych warunkach jawi się kolejne pytanie, jakie czynniki i w jakich okolicznościach należy w taki właśnie sposób zakwalifikować. W każdym wypadku konieczne jest odniesienie się warunków konkretnego zamówienia, przy uwzględnieniu wiedzy, doświadczenia życiowego i zasad logicznego rozumowania. Oznacza to, iż zamawiający musi ustalić, czy dany czynnik ma w ogóle wpływ na cenę w określonym stanie faktycznym oraz, czy sposób kalkulacji tego czynnika (wartość) ma realne uzasadnienie. Praktyka pokazuje, iż jakkolwiek zazwyczaj nie budzi wątpliwości, czy podany przez wykonawcę czynnik (rodzaj) ma wpływ na cenę, bowiem determinowany jest on rodzajem zamówienia (dostawy, usługi roboty budowlane) i z tych przyczyn łatwo weryfikowalny. Znacznie większe problemy rodzi zaś jego kalkulacja i ocena jej w aspekcie obiektywizmu (realności). Pomocne w tym względzie jest odwołanie się do doświadczenia wykonawcy, warunków rynkowych a przede wszystkim ofert (i wyjaśnień) innych wykonawców.

Jednocześnie zauważyć należy, iż ustawodawca nie określił żadnych wymogów co do zakresu udzielanych wyjaśnień, ograniczając się jedynie do wskazania, że ich przedmiotem są właśnie te obiektywne czynniki, mające wpływ na cenę oferty (art. 90 ust. 3 Pzp). Wskazany przepis nie kreuje obowiązku przedstawienia dowodów na tę okoliczność. Istotne jest natomiast, żeby złożone wyjaśnienia dały możliwość dokonania oceny przez zamawiającego.

Izba stoi na stanowisku, iż porównanie ceny oferty z wartością szacunkową zamówienia nie może prowadzić do uznania, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Podobnie, jak porównanie cen ofert innych wykonawców. Występujące dysproporcje, które zdają się Odwołującemu nieuzasadnione mogą jedynie prowadzić do wdrożenia procedury wezwania do złożenia wyjaśnień (art. 90 ust. 1 Pzp).

Dopiero rzetelna analiza wyjaśnień pozwala na ocenę, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Stwierdzenie rażąco niskiej ceny jest możliwe po ustaleniu, że na jej kształt nie miały wpływu obiektywne czynniki (zarówno co do rodzaju, jak i poziomu kosztu). Okoliczności te z kolei dają podstawy do wyciągnięcia wniosku, czy cena oferty jest ceną realną, za którą jest możliwe zrealizowanie zamówienia, czy też taką ceną nie jest.

Zaś, skuteczne zakwestionowanie przez Odwołującego oceny dokonanej przez Zamawiającego, na podstawie złożonych przez wykonawców wyjaśnień, w przedmiocie rażąco niskiej ceny musi prowadzić, zgodnie z 6 k.c., do wykazania, iż ocena ta jest obarczona błędem i wskazywać przyczyny, które legły u podstaw tak dokonanej oceny.

Bezspornym jest, iż głównym czynnikiem cenotwórczym w niniejszym postępowaniu jest koszt pracy pracowników. Powoływana przez Odwołującego „pracochłonność” to nic innego jak iloczyn liczby etatów i liczby dni, który pomnożony przez koszt wynagrodzenia pracowników daje wynik, który w istotnej mierze wpływa na cenę niniejszego zamówienia. Nie budzi więc wątpliwości, że czynnikiem determinującym cenę w niniejszym postępowaniu, biorąc pod uwagę jego przedmiot, są koszty osobowe.

Spór budzi natomiast przede wszystkim ich wysokość, a więc sposób kalkulacji. Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż okoliczność, że Odwołujący określił liczbę osobodni na poziomie 1149, jak wynika z dokumentu przedstawionego na rozprawie, nie może stanowić o tym, iż jedynie to oszacowanie jest właściwe.

Izba dała wiarę Zamawiającemu, który doskonale zna system i w jakiś sposób uczestniczył w budowie tego systemu, poprzez chociażby fakt, że dokonywał opisu przedmiotu zamówienia na poszczególne etapy, widząc potrzebę jego modernizacji i modyfikacji, obserwując jego wadliwość (usterkowość), iż do wykonania przedmiotu zamówienia potrzebnych jest 390 osobodni. Taka wartość została przyjęta do oszacowania przedmiotu zamówienia i na tym etapie nie była kwestionowana. W tych okolicznościach należało uznać, iż liczba osobodni, przyjęta przez Konsorcjum ESAProjekt do kalkulacji ceny oferty, na zbliżonym poziomie do tej, którą określił Zamawiający, jest uzasadniona i realna.

Odnosząc się zaś do kosztów pracy pracowników i staranności w ich określeniu stwierdzić należy, iż Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, iż ich wycena może budzić wątpliwości. Co prawda, Odwołujący nie mając dostępu do wyjaśnień złożonych przez Przystępującego miał utrudnione zadanie, ale przedstawił na rozprawie zestawienia, kalkulacje, z których wynika, jaki powinien być ten koszt pracy w przeliczeniu na osobodzień.

Co prawda, z przedstawionych przez Odwołującego kalkulacji raz wynika, że wspomniana pracochłonność powinna kształtować na poziomie 1149, innym razem znów, iż jest to poziom 849, niemniej jednak nie koncentrując nie na tych rozbieżnościach stwierdzić należy, iż odniesienie tych wartości do ceny podanej w ofercie Odwołującego pozwala na ustalenie stawki za osobodzień, którzy w zależności od przyjętych wartości wynosi odpowiednio ok. 586 zł lub ok. 796 zł. Oznacza to, iż według kalkulacji Odwołującego, koszt pracy pracowników w przeliczeniu na jeden dzień wahać się może w podanych granicach, a zatem jest realny. Dokonując porównania otrzymanych wartości z tymi, zaproponowanymi przez Konsorcjum ESAProjekt stwierdzić należy, iż stawki zaproponowane przez Przystępującego są wyższe od tych, które skalkulował w swojej ofercie Odwołujący. Tym samym nie może być mowy o tym, iż nie stanowią one odzwierciedlenia realiów rynkowych. Nie ma więc potrzeby dokonywania ich oceny pod kątem średnich stawek wynagrodzeń występujących w branży IT, skoro jest możliwość sięgnięcia do cen realnie zaproponowanych w niniejszym postępowaniu.

W tym miejscu warto zauważyć, iż analiza dokumentów przedstawionych przez Odwołującego prowadzi do wniosku, iż zostały przygotowane na potrzeby niniejszego zamówienia a ich wiarygodność budzi wątpliwości. Z jednej strony bowiem, Odwołujący przyjmuje na potrzeby szczegółowej kalkulacji stawki wynagrodzeń obowiązujące w branży IT, twierdząc że te właśnie stawki są realne (tabela nr 3), z drugiej zaś strony, jeśli dokonamy odpowiednich działań matematycznych, o których była mowa wyżej, można stwierdzić, iż w istocie przyjmując podany przez Odwołującego poziom pracochłonności, stawki te w ofercie Odwołującego uwzględnione nie były. Powyższe prowadzi do wniosku, że powoływane przez Odwołującego średnie stawki wynagrodzeń nie znajdują odzwierciedlenia w niniejszym zamówieniu, bądź też pracochłonność kształtuje się na znacznie niższym poziomie. Tym bardziej, czego nie można pominąć, iż jak wynika z zestawienia nr 4, narzut zaproponowany przez Odwołującego kształtuje się na poziomie 89%.

W tych okolicznościach, podnoszone przez Odwołującego argumenty, co do złożoności systemu, konieczności zapoznania się z ogromną dokumentacją i krótkiego terminu realizacji nie mają większego znaczenia. Należy zauważyć, iż również sam Zamawiający przy oszacowaniu niniejszego zamówienia musiał je wziąć pod uwagę. Zaś, co do doświadczenia Odwołującego i jego wpływu na prawidłowość kalkulacji stwierdzić należy, iż argument ten jest nietrafny, oznaczałoby to bowiem, że prawidłowo zamówienie jest w stanie wycenić tylko ten wykonawca, który zbudował system, co biorąc uwagę profesjonalizm podmiotów występujących na rynku IT, jest nie do zaakceptowania. Brak również podstaw do twierdzenia, iż Przystępujący nie uwzględnił kosztów gwarancji w prawidłowej wysokości. Z tych względów zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 4 Pzp należało uznać za chybiony, a w konsekwencji również zarzuty naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 91 ust. 1 Pzp.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł.

**Przewodniczący:** .....