

Sygn. akt: KIO 1992/22

WYROK

z dnia 18 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2022 r. przez wykonawcę **Grupa Wena spółka z o.o. z siedzibą w Grudziądzu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Grudziądzki Park Przemysłowy sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu**

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 3a i 6 odwołania,**
2. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:**
 - a) **uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w piśmie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Agencja Ochrony Osób i Mienia Dogmat sp. z o.o., Patrol Dogmat spółka cywilna M. P. R. K., D&S Dogmat sp. z o.o., Biuro Ochrony Dogmat sp. z o.o., Ochrona Dogmat sp. z o.o. z dnia 9 czerwca 2022 r. wraz z załącznikami,**
 - b) **odrzućcie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Agencja Ochrony Osób i Mienia Dogmat sp. z o.o., Patrol Dogmat spółka cywilna M. P. R. K., D&S Dogmat sp. z o.o., Biuro Ochrony Dogmat sp. z o.o., Ochrona Dogmat sp. z o.o. na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych,**
 - c) **odrzućcie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Agencja Ochrony Osób i Mienia Dogmat sp. z o.o., Patrol Dogmat spółka cywilna M. P. R. K., D&S Dogmat sp. z o.o., Biuro Ochrony Dogmat sp. z o.o., Ochrona Dogmat sp. z o.o. z powodu niewykazania warunku udziału w**

postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 5, ust. 6 pkt 4) lit. e) specyfikacji warunków zamówienia,

3. kosztami postępowania obciąża **Grudziądzki Park Przemysłowy sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Grupa Wena spółka z o.o. z siedzibą w Grudziądzu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od **Grudziądzki Park Przemysłowy sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu** na rzecz wykonawcy **Grupa Wena spółka z o.o. z siedzibą w Grudziądzu** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Grudziądzki Park Przemysłowy sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „świadczenie usług ochrony mienia i osób dla członków Grupy Zakupowej organizowanej przez GPP Sp. z o.o.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2 marca 2022 r., nr 2022/S 043-112503.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 31 lipca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Grupa Wena spółka z o.o. z siedzibą w Grudziądzu, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 b Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 118 ust. 1, 3 i 4 Pzp oraz Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum składającego się z Agencji Ochrony Osób i Mienia DOGMAT Sp. z o. o. - Lidera Konsorcjum, Patrol Dogmat Spółka Cywilna M. P. R. K., D&S DOGMAT Sp. z o. o., Biura Ochrony DOGMAT Sp. z o. o., Ochrona DOGMAT Sp. z o. o. (zwanym dalej „Konsorcjum”, która została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, z uwagi na to, że Konsorcjum nie udowodniło zamawiającemu, iż realizując zamówienie, będzie realnie dysponowało niezbędnymi zasobami podwykonawcy na którego to się powołuje, w ten sposób, iż podmiot ten udostępni dwa bankowozy, o których mowa w rozdziale 5 pkt 6) ppk 4) lit. e);
- 2) art. 18 ust. 1, 2, 3 w zw. z art. 16 pkt 2 z art. 74 ust. 2 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia pisma Konsorcjum z dnia 9 czerwca 2022 r. zastrzeżonego przez Konsorcjum jako tajemnica przedsiębiorstwa i zaniechanie przekazania go jemu,
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum, pomimo że:
 - a) wyjaśnienia Konsorcjum z dnia 9 czerwca 2022 roku (o których mowa w piśmie zamawiającego z dnia 27 lipca 2022 r. skierowanego do Odwołującego) zostały złożone po terminie (termin na udzielenie wyjaśnień został wyznaczony na 7 czerwca 2022 roku);
 - b) zaoferowana przez Konsorcjum cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej;
 - c) złożone przez Konsorcjum w dniu 24 maja 2022 r. wyjaśnienia są ogólnikowe i nie obalają domniemania zaoferowania przez Konsorcjum ceny rażąco niskiej;

- 4) art. 224 ust. 5, art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców - na skutek zwrócenia się przez zamawiającego do biegłego celem oceny, czy cena zaoferowana przez Konsorcjum jest rażąco niska (w sytuacji gdy ciężar dowodowy braku rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy);
- 5) art. 224 ust. 1, 2 i 5 w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców - na skutek powtórnego wezwania Konsorcjum do wyjaśnień rażąco niskiej ceny (w sytuacji gdy ciężar dowodowy spoczywa na wykonawcy);
- 6) art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 b Pzp w zw. z art. 125 ust. 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, w sytuacji gdy na skutek wezwania zamawiającego z dnia 19 maja 2022 r., Konsorcjum ponownie przedłożyło nieprawidłowe dokumenty JEDZ dot. członka będącego spółką cywilną, zaś kolejne (drugie) wezwanie jest na podstawie Pzp niedopuszczalne.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej,
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenia oferty Konsorcjum,
- 4) względnie wyboru swej oferty jako oferty najkorzystniejszej, w związku z odrzuceniem oferty Konsorcjum.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1 odwołania – niespełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale 5, pkt 6, ppkt 4 lit. E) SWZ – odwołujący podniósł, że w Rozdziale 5, pkt 6, ppkt 4 lit. e) SWZ Zamawiający wskazał, iż warunkiem udziału w postępowaniu jest dysponowanie co najmniej dwoma oznakowanymi nazwą Wykonawcy bankowozami, tj. posiadającymi wymaganą przepisami prawa homologację, tj. pojazdami samochodowymi przeznaczonymi do transportu wartości pieniężnych, oznaczone w zależności od konstrukcji i zabezpieczenia technicznego homologacją typu: A lub B lub C.

W celu wykazania spełnienia warunków, o których mowa w Rozdziale 5, pkt 6, ppkt 4 lit. e) SWZ, Konsorcjum było zobowiązane do przedłożenia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami (por. str. 12 SWZ).

Odwołujący argumentował, że zamawiający w Rozdziale 9 ust. 1 SWZ wskazał wprost, że wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o

których mowa w Rozdziale 5, pkt 6, ppkt 4 SWZ w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Wobec powyższego, odwołujący wywiódł, że brak posiadania określonych narzędzi przez wykonawców można uzupełnić w oparciu o zasoby, które zostaną udostępnione przez podmiot trzeci. Kolejno odwołujący wskazał, że Zamawiający w Rozdziale 9 ust. 3 wprost określił zasady, na jakich dany wykonawca może korzystać z potencjału podmiotów udostępniających zasoby. W rozdziale 9 ust. 3 SWZ zamawiający przesądził, że Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z Ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji Zamówienia lub inny Podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że Wykonawca realizując Zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Odwołujący przenosząc powyższe na ofertę Konsorcjum oraz jej załączniki, zauważył, iż każdy z partnerów Konsorcjum jako oddzielny wykonawca w swoim JEDZ wskazał:

- „Czy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V? – NIE” (część II, lit. C);
- „Spełnia wymagane kryteria kwalifikacji: TAK” (część IV, sekcja alfa).

Te same informacje zostały powielone przez Konsorcjum w JEDZ złożonych przez spółkę cywilną z dnia 24 maja 2022 roku na żądanie Zamawiającego z dnia 19 maja 2022 roku. Odwołujący podniósł, że Konsorcjum nie dołączyło do oferty żadnego zobowiązania do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego w celu realizacji zamówienia, pomimo, że w wykazie narzędzi (Załącznik nr 7) wskazało, że będzie polegać na zasobach podmiotu trzeciego w zakresie bankowozów. Odwołujący wskazał, że zamawiający był świadomy swojego zaniechania w tym zakresie w związku z czym uznał zarzut dotyczący tego braku wskazany w odwołaniu z dnia 4 kwietnia 2022 r. Odwołujący wskazał, że w rezultacie, Zamawiający pismem z dnia 19 maja 2022 roku, a więc po doręczeniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 kwietnia 2022 roku (sygn. akt KIO 948/22) wezwał Konsorcjum m.in. do przedłożenia zobowiązania podmiotu trzeciego, na które powołuje Konsorcjum w zakresie dysponowania bankowozami oraz pliku JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie dysponowania bankowozami, które zgodnie z SWZ winny być datowane najpóźniej na dzień składania ofert.

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi, Konsorcjum przesłało Zamawiającemu m.in. następujące pliki:

a) pisemne zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia zgodnie z art. 118 ustawy PZP – opatrzone podpisem kwalifikowanym z dnia 24 maja 2022 roku, 15:29:55;

b) JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby – opatrzone podpisem kwalifikowanym z dnia 24 maja 2022 roku, 16:10:53.

Odwołujący argumentował, że biorąc pod uwagę datę sporządzenia plików oraz ich podpis kwalifikowany – nastąpiło to dawno po terminie składania ofert, po terminie uzupełniania ofert, a jednocześnie po terminie doręczenia wyroku KIO wraz z uzasadnieniem, co jedynie potwierdza, że oświadczenie oraz JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby – nie istniały w dniu składania ofert, a tym samym Konsorcjum nie spełniało warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący przywołał treść art. 118 ust. 1 Pzp. Odwołujący argumentował, że zobowiązanie składane przez podmiot trzeci stanowi natomiast niezbędny punkt wyjścia do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywanej przez zamawiającego w oparciu o wstępne oświadczenia wykonawców oraz środki dowodowe w postaci dokumentów, jeśli wykonawcy ci powołują się na potencjał podmiotów trzecich w celu wykazania spełniania tych warunków. Zdaniem odwołującego, złożone w odpowiedzi na wezwanie w tym trybie oświadczenia lub zobowiązania winny być aktualne na dzień składania ofert (lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu). Oznacza to zatem, że okoliczności, które są zawarte w uzupełnianych oświadczeniach własnych (jednolity dokument lub oświadczenia) muszą potwierdzać informacje w nich zawarte najpóźniej na dzień składania ofert (wniosków), a nie na dzień uzupełnienia tych dokumentów. Odwołujący powołał przepis art. 123 Pzp, co do braku możliwości, po upływie terminu składania ofert, powoływania się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert wykonawca nie polegał w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Zdaniem odwołującego uzyskanie przez danego wykonawcę dostępu do zasobów podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu musi nastąpić przed terminem składania ofert. W przeciwnym bowiem razie oferta składana jest przez podmiot, który warunków takich nie spełnia. Ewentualne uzupełnienie dokumentów musi więc zmierzać do wykazania, że warunki spełnione były już w terminie składania oferty. Odwołujący podniósł, że okoliczności zawarte w uzupełnianych oświadczeniach lub zobowiązaniach muszą potwierdzać informacje w nich zawarte najpóźniej na dzień składania ofert lub wniosków. Odwołujący argumentował, że możliwość wprowadzenia przez wykonawcę po otwarciu ofert nowego podmiotu trzeciego, nieznanego w momencie ofertowania, stawia w uprzywilejowanej pozycji wykonawcę polegającego na zasobie podmiotu trzeciego względem wykonawców, którzy zadeklarowali samodzielne spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Pierwsza grupa wykonawców, bez uzasadnionych

powodów, dysponowałyby znacznie szerszymi możliwościami poprawienia i uzupełnienia oferty, niedostępnymi wykonawcom z drugiej grupy.

Odwołujący argumentował, że Konsorcjum po raz kolejny nie spełniło warunku udziału w postępowaniu, co objawiło się tym, że:

- a) w złożonej ofercie Konsorcjum nie wskazało, iż będzie polegać na zasobach podmiotu trzeciego;
- b) w Załączniku nr 7 (wykaz narzędzi) wskazano, że podwykonawca udostępni Konsorcjum dwa bankowozy (tym samym samodzielnie nimi nie dysponował);
- c) na dzień składania oferty Konsorcjum nie dysponowało zobowiązaniem podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia zgodnie z art. 118 PZP oraz JEDZ takiego podmiotu;
- d) pomimo wyroku KIO dotyczącego niniejszego Postępowania, uwzględnienia zarzutów przez Konsorcjum i Zamawiającego w tym zakresie – Konsorcjum przedstawiło w/w dokumenty na dzień 24 maja 2022 roku, a więc na dużo później niż przypadał termin składania ofert w Postępowaniu. Również z samej treści zobowiązania podmiotu trzeciego nie wynika, że Konsorcjum spełniało warunek postępowania w zakresie zdolności technicznej - na dzień składania ofert.

W uzasadnieniu zarzutu nr 2 - zaniechanie odtajnienia pisma konsorcjum z dnia 9 czerwca 2022 r. – odwołujący przywołał przepisy art. 18 ust. 1, ust. 3 Pzp, oraz art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej również „uznk”). Następnie odwołujący przytoczył uzasadnienie zastrzeżenia przez Konsorcjum informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w treści pisma z dnia 9 czerwca 2022 r. Zdaniem odwołującego uzasadnienie to nie spełnia przesłanek uznania zastrzeżonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący podniósł, że uzasadnienie zastrzeżenia tych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest bardzo ogólne. Uzasadnienie utajnienia odnosi się do całości zastrzeżonej dokumentacji. Konsorcjum w jej treści całkowicie pomija fakt, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 9 czerwca 2022 roku jest dokumentem opracowanym w głównej mierze na podstawie poprzednio złożonych wyjaśnień (udostępnionych już Odwołującemu). Odwołujący podkreślał, że Konsorcjum nie zastrzegło poprzednich wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tym samym niezrozumiałym jest zastrzeżenie ich dopiero na tym etapie. Informacje wymienione w piśmie Zamawiającego z dnia 3 czerwca 2022 r. nie są informacjami krytycznymi z punktu widzenia oferenta, wiedza o nich, nie daje konkurencji przewagi rynkowej. Zdaniem odwołującego, Konsorcjum nie wykazało, że zastrzeżone informacje i dokumenty spełniają podstawowe przesłanki, o których mowa w ustawie UZNK, a których spełnienie jest niezbędne, aby dane informacje mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Natomiast utajnienie i brak udostępnienia mu wyżej wymienionych

dokumentów całkowicie uniemożliwia weryfikację prawidłowości oceny dokumentów złożonych przez Konsorcjum dokonanej przez zamawiającego. Wgląd w treść tych dokumentów stanowi bowiem jedyny sposób umożliwiający innym uczestnikom postępowania weryfikację czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i czy ocena zamawiającego w tym zakresie jest prawidłowa. Zdaniem odwołującego, takie działanie zamawiającego jest także sprzeczne z naczelnymi zasadami zamówień publicznych, tj. zasadą jawności postępowania oraz zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W uzasadnieniu zarzutu nr 3 - zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum w związku z uwagi na rażącą cenę oraz złożenia wyjaśnień po terminie – odwołujący podniósł, że zamawiający po otrzymaniu w dniu 24 maja 2022 r. wyjaśnień Konsorcjum w zakresie wyjaśnienia wszystkich wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny oraz elementów składowych składających się na wynagrodzenie zaproponowane przez Konsorcjum – w piśmie z dnia 3 czerwca 2022 roku wezwał Konsorcjum do przedłożenia dalszych dokumentów i przesłania stosownych informacji, które są niezbędne do wykonania wyroku Kio. Z treści wezwania wynikało, że termin na złożenie odpowiedzi przez Konsorcjum mijał w dniu 7 czerwca 2022 r.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w piśmie do niego wskazał wprost – „*Konsorcjum udzieliło odpowiedzi i przedstawiło wskazane powyżej wyjaśnienia i dokumenty pismem z dnia 24.05.2022 r (w załączeniu).*”, a następnie – „*Odpowiedź na powyższe została udzielona pismem z dnia 9.06.2022 r i została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa*”. Zdaniem odwołującego, w tej sytuacji odpowiedź Konsorcjum na wezwanie Zamawiającego została wniesiona dwa dni po terminie i w konsekwencji oferta winna zostać odrzucona. Przywołał przepis art. 224 ust. 6 Pzp.

W dalszej kolejności odwołujący podniósł, że pismem z dnia 19 maja 2022 roku zamawiający wezwał Konsorcjum do wyjaśnienia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, tj. w zakresie dotyczącym kosztów osobowych – zaoferowanej ceny jednej roboczogodziny w wysokości: netto 25,28 zł w tym wyjaśnienie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Ponadto, w wykonaniu wezwania Konsorcjum miało wyjaśnić czy w swojej kalkulacji dotyczącej usług monitoringu uwzględnił koszt kompletnego i całkowitego przeniesienia obsługi dotychczasowego systemu/instalacji alarmowego od poprzedniego wykonawcy. Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi Konsorcjum przesłało odpowiedź w formie elektronicznej, opatrzoną podpisem kwalifikowanym ważnym na dzień 24 maja 2022 r. W kontekście kosztów płacowych pracy pracownika ochrony w roku 2022

roku – Konsorcjum obliczyło koszt roboczogodziny na kwotę 25,28 zł, przy uwzględnieniu w tym zysku w kwocie 0,05 zł.

Odwołujący zauważył, iż Konsorcjum w swojej odpowiedzi popełniło następujące błędy przejawiające się pominięciem istotnych składników wynagrodzenia pracownika ochrony, jak również nieuwzględnieniem specyfiki zamówienia objętego postępowaniem, tj.:

- 1) uwzględnienie 20% dodatku za pracę w godzinach nocnych, podczas gdy z postępowania wynika (co zostało potwierdzone przez zamawiającego na rozprawie w KIO), że w przypadku zadania opisanego w specyfikacji przetargowej praca w godzinach nocnych stanowi ok. 38,93% całkowitej sumy roboczogodzin przewidzianych w zadaniu i SWZ;
- 2) brak sprecyzowania co składa się na „Składki ZUS pracodawcy” w kwocie 630,96 zł, podczas gdy z opinii biegłych, kontroli Państwowej Inspekcji Pracy oraz wyspecjalizowanych podmiotów wynika wprost, że w przypadku pracy w cyklu mieszanym (dzień/noc) ten składnik winien być wyższy, tj.:
 - PIP przy kalkulacji stawki minimalnej pracownika ochrony w 2022 roku wskazała jako ZUS pracodawcy kwotę 633,94 zł;
 - Polski Związek Pracodawców Ochrona przy kalkulacji stawki minimalnej pracownika ochrony w 2022 roku wskazał jako ZUS pracodawcy kwotę 633,94 zł;
 - Polska Izba Ochrony przy kalkulacji stawki minimalnej pracownika ochrony w 2022 roku wskazała jako ZUS pracodawcy kwotę 634,00 zł;
 - J. W. Rzecznawca - Biegły sądowy w dziedzinie ochrony mienia przy kalkulacji stawki minimalnej pracownika ochrony w 2022 roku wskazał jako ZUS pracodawcy kwotę 634,00 zł;
- 3) brak uwzględnienia kosztów, które składają się na absolutnie minimalne koszty jakie ponosi pracodawca w związku z zatrudnieniem pracownika ochrony (przy czym pracownicy ochrony mogą mieć różne kwalifikacje, a zatem koszty pracodawcy mogą być znacznie wyższe – np. przy kwalifikowanym pracowniku ochrony), tj. kosztów związanych z zapewnieniem odzieży roboczej dla pracowników (co wynika ze specyfikacji zamówienia), kosztów administracyjnych oraz kosztów związanych z transportem pracowników i ich zakwaterowaniem w mieście realizacji zamówienia (z uwagi na fakt, że Konsorcjum nie działa oraz nie ma siedziby, przedstawicielstwa, czy też oddziału na terenie Grudziądza), kosztów składek na Pracownicze Plany Kapitałowe (to do pracownika należy decyzja o ewentualnej rezygnacji z tego tytułu, jak również powrotu, a nie do pracodawcy), ekwiwalentu BHP;
- 4) brak uwzględnienia w podanej wycenie świadczenia chorobowego, czyli składnika występującego w każdym przedsiębiorstwie (ilość występujących zwolnień lekarskich w poszczególnych firmach jest bardzo różny, ale standardowe wyliczenia mówią o

wskaźnikach chorobowych na poziomie 2-5%, w związku z czym najniższy wskaźnik to 2% stawki wynagrodzenia), co zostało uwzględnione z pozostałych opiniach i kalkulacjach;

- 5) braku uwzględnienia rozróżnienia wynagrodzenia na pracownika ochrony i kwalifikowanego pracownika ochrony – którzy z kolei są wymagani przez Zamawiającego z uwagi na treść SWZ (choćby konwoje i przewóz gotówki i obsługę bazy monitorującej);
- 6) braku uwzględnienia kosztów związanych ze szkoleniami, uprawnieniami, ale także okresowymi badaniami lekarskimi, w tym także specjalnymi badaniami dla kwalifikowanych pracowników ochrony, których obecność Zamawiający wymaga do realizacji zadania (a którego minimalna stawka za roboczogodzinę winna być zwiększona o co najmniej 10%, a w przypadku pracownika kwalifikowanego o co najmniej 20%).

Odwołujący podniósł, że mając na względzie powyższe, stawka roboczogodziny dla pracownika w cyklu mieszanym w zakresie i tak mniejszym niż wymaganym przez Zamawiającego (dzień/noc – Zamawiający wymaga 38,93% czasu pracy w godzinach nocnych, a nie 1/3) przez niezależne podmioty została obliczona odpowiednio na (bez uwzględnienia zysku pracodawcy):

- 26,49 zł – PIP;
- 25,72 zł (bez PPK), 26,01 zł (z PPK) – Polski Związek Pracodawców Ochrona;
- 28,20 zł, 33,50 zł (kwalifikowany pracownik), 36,50 zł (kwalifikowany pracownik) – Polska Izba Ochrony;
- 27,80 zł – J. W. Rzecznawca - Biegły sądowy w dziedzinie ochrony mienia.

Odwołujący podkreślał, że wszystkie w/w opinie i kalkulacje dotyczą stawek absolutnie minimalnych oraz zostały wydane przez niezależne podmioty, które specjalizują się w ochronie osób i mienia, a przede wszystkim mają wiedzę i uprawnienia do takiej kalkulacji (PIP). Zdaniem odwołującego, biorąc pod uwagę datę wyjaśnień oraz datę pliku dotyczącego obliczenia zaproponowanej przez Konsorcjum stawki wynagrodzenia – uzasadnienie takie zostało przygotowane specjalnie na potrzeby wynikające z wyroku KIO z dnia 25 kwietnia 2022 r.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum poza ogólnymi informacjami, które są nieprecyzyjne i nie odpowiadają na postawione przez zamawiającego pytania – nie przedstawiło jakichkolwiek dowodów na poparcie swoich twierdzeń.

Odwołujący podniósł także, że zamawiający, ani Konsorcjum, jak również powołany przez zamawiającego (o czym poniżej) nigdzie przy analizie zaproponowanej ceny nie uwzględnili ryzyk, które są związane z realizacją tak rozbudowanego i długiego zadania. Przede wszystkim, należy tu zwrócić uwagę, że tak rozłożone w czasie zadanie wiąże ze sobą nieprzewidziane koszty po stronie wykonawcy (w tym wypadku Konsorcjum), a które muszą być uwzględnione w ostatecznej wycenie.

Zdaniem odwołującego do głównych ryzyk i kosztów związanych z realizacją zadania, a które nie zostały przez Konsorcjum w ogóle uwzględnione należą (do zadania w SWZ założono 2 samochody patrolowe i 2 bankowozy, łącznie 4 pojazdy) m.in.:

- możliwe awarie pojazdów – koszt ok. 2.000,00 zł netto rocznie na 1 pojazd, co daje ok. 166,00 zł miesięcznie;
- bieżące serwisy pojazdów, tj. okresowa wymiana filtrów, olejów i płynów eksploatacyjnych – koszt ok. 1.000,00 zł netto rocznie na 1 pojazd, co daje ok. 83,33 zł miesięcznie;
- awarie i serwis sprzętu elektronicznego używanego w ochronie, w tym wymiana baterii i akumulatorów – ok. 200,00 zł netto miesięcznie;
- abonament za telefony komórkowe (w zależności od ilości) – ok. 25,00 zł netto miesięcznie za jeden numer;
- system Active Guard – ok. 25,00 zł netto miesięcznie za jeden numer;
- opłata za korzystanie z własnej częstotliwości radiowej (wymagane przez SWZ) – 70,83 zł netto miesięcznie;
- artykuły biurowe;
- polisa OC dla firmy;
- wynajem biura, kwater pracowniczych;
- koszty transportu pracowników do miejsca realizacji zadania;
- łącze internetowe.

Według odwołującego, powyższe rzeczy, które składają się na łączny koszt wykonania obsługi –miesięcznie oscylują w granicy od kilkuset do kilku tysięcy złotych, co przy założeniu zysku Konsorcjum na poziomie 0,05 zł przy stawce za roboczogodzinę – potwierdza wprost ich nieuwzględnienie.

W dalszej kolejności odwołujący podniósł, że w swojej odpowiedzi Konsorcjum wskazało, iż „*ewentualne nieprzewidziane koszty wykonawca planuje pokryć z zysku usługi interwencji*”. Zdaniem odwołującego następnie mamy niczym nieudowodnione, jak również nieopoliczone i gołosłowne twierdzenia Konsorcjum, tj.:

- koszty usługi interwencji wynoszą 150 zł netto za obiekt, gdzie faktyczny koszt wynosi 35 zł (przy czym jest to kwota niejako „abonamentowa”, w związku z czym na jeden obiekt może i zazwyczaj przypada więcej interwencji w miesiącu – co wiąże się z dodatkowymi kosztami po stronie Konsorcjum – co z kolei nie zostało uwzględnione w wyjaśnieniach);
- koszty usługi monitorowania – nie zostały wskazane, w związku z czym podano niczym nieokreśloną kwotę miesięczną 1.701,09 zł brutto (1.383,00 zł netto), tj. w wynagrodzeniu uwzględniono podatek VAT;
- koszty usługi konwojowania 25 zł za 1 usługę, przy czym koszt przewidziany dla Zamawiającego to 50 zł;

- koszty kompletnego i całkowitego przeniesienia obsługi dotychczasowego systemu/instalacji alarmowego od poprzedniego wykonawcy- Konsorcjum w swojej kalkulacji dotyczącej usług monitoringu nie uwzględnił tego kosztu, pomimo, że zapytanie o taki koszt znalazło się w wezwaniu Zamawiającego z dnia 19 maja 2022 r.

Zdaniem odwołującego, powyższe twierdzenia są całkowicie nieprawdziwe, jak również niepoparte jakimikolwiek wyliczeniami, czy chociażby jakimkolwiek uzasadnieniem. Odwołujący argumentował, że z jednej strony mamy informację, że od podwykonawcy Konsorcjum na wycenę na usługę konwojowania na kwotę 25,00 zł miesięcznie, przy czym brak jest tu dołączenia takiej oferty na potwierdzenie wyjaśnień, a do czego zobowiązuje wprost art. 224 ust. 1 Pzp. Podobnie wygląda kwestia chociażby z kosztami usług interwencji itd. Ponadto, Konsorcjum w złożonych wyjaśnieniach raz operuje kwotą netto, z kolei innym razem jest to cena brutto – przy czym podatku VAT nie można uwzględniać jako swoje wynagrodzenie. W ten sposób – w dalszym ciągu nie ma tu precyzyjnych wyliczeń oraz jakiegokolwiek uzasadnienia w tym zakresie.

Odwołujący podniósł, że w przypadku monitorowania – Konsorcjum powołuje się na zasoby własne, przy czym zadanie obejmuje 68 obiektów, a czas potrzebny na przełączenie jednego obiektu to co najmniej 1,5h oraz wizyta technika, który posiada specjalną wiedzę i niezbędne uprawnienia. Tego typu pracownicy nie pracują za minimalne wynagrodzenie, a czas potrzebny na przełączenie także nie zajmie kilku godzin. Zdaniem odwołującego, tym samym, twierdzenia Konsorcjum dotyczące uwzględnienia w swojej wycenie wszystkich prawnie wymaganych elementów są nieprawdziwe, nieudowodnione, a tym bardziej nieuzasadnione.

Odwołujący wywiódł, że Konsorcjum w swojej odpowiedzi wyliczyło konkretnie stawkę, która odpowiada złożonej ofercie i która nie uwzględnia wszystkich w/w kwestii i elementów, a które stanowią obligatoryjny składnik wynagrodzenia. Zdaniem odwołującego brak tych elementów niejako został potwierdzony przez samo Konsorcjum, jak również przez biegłego powołanego przez Zamawiającego (o czym poniżej).

Zdaniem odwołującego, brak uwzględnienia w/w kosztów i elementów jakie zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa powinny składać się na wynagrodzenie pracownicze powoduje, że Konsorcjum jako pracodawca najprawdopodobniej narusza przepisy obowiązującego prawa pracy (uprawnienia i obowiązki pracowników) oraz związanego z minimalnym wynagrodzeniem w zakresie zatrudniania pracowników ochrony chcąc realizować zadanie za przedstawioną stawkę za roboczogodzinę.

W uzasadnieniu zarzutu nr 4 i 5 odwołania - naruszenie obowiązku zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców – w pierwszej kolejności przywołał przepisy art. 224 ust. 4 i 5 Pzp. Odwołujący wskazał, że na wykonawcy spoczywa

obowiązek przedstawienia nie tylko szczegółowych, wyczerpujących wyjaśnień, lecz także, w miarę możliwości, odpowiednich dowodów na ich poparcie, co w oczywisty sposób wiąże się z faktem, że to właśnie na ich podstawie zamawiający dokonuje weryfikacji złożonych wyjaśnień. Obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień, jest przedstawienie przekonujących wyjaśnień oraz dowodów na potwierdzenie tego, że cena jego oferty została ustalona w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Odwołujący argumentował, że wykonawca zobowiązany jest zatem wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia, uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać dlaczego był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie. Odwołujący podniósł, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, a nie na zamawiającym. Zdaniem odwołującego zachowanie zamawiającego po otrzymaniu od Konsorcjum ogólnych, lakonicznych, nieszczegółowych, nieuzasadnionych i niepopartych żadnymi dowodami informacji na temat zaproponowanej ceny oraz wyjaśnień w tym zakresie – świadczy o działaniu stronniczym, na korzyść jednej ze stron, przy jednoczesnym ewidentnym łamaniu przepisów Pzp i prowadzenia postępowania w sposób naruszający obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców.

Odwołujący wywiódł, że Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień Konsorcjum w zakresie wyjaśnienia wszystkich wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny oraz elementów składowych składających się na wynagrodzenie zaproponowane przez Konsorcjum – w piśmie z dnia 3 czerwca 2022 r. ponownie wezwał Konsorcjum do przedłożenia dalszych dokumentów i przesłania stosownych informacji w tym zakresie, co tylko potwierdza, że wszystkie czynności zmierzały tylko i wyłącznie do wyboru jednego wykonawcy.

Zdaniem odwołującego dodatkowo potwierdza to przede wszystkim:

- 1) uwzględnienie ponownej (drugiej) odpowiedzi Konsorcjum po wyznaczonym terminie w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie składników oraz konkretnych informacji na temat kalkulacji oferty, podczas gdy brak jest ku temu racjonalnych i prawnych przesłanek;
- 2) uznanie, że ogólne i lakoniczne wyjaśnienia, które nie zostały niczym poparte – są wystarczające do uznania, że oferta Konsorcjum nie zawiera rażąco niskiej ceny, podczas gdy, jak zostało wykazane na rozprawie przed KIO oraz w toku Postępowania – oferta Konsorcjum spełnia wszystkie przesłanki ceny rażąco niskiej, a samo Konsorcjum nie jest w stanie wykazać, że jest inaczej;
- 3) pomimo dalszych wątpliwości i braku otrzymania w terminie wyjaśnień od Konsorcjum – Zamawiający wystąpił na własny koszt do biegłego rzeczoznawcy zrzeszonego w tej samej Izbie co Konsorcjum - w celu uzasadnienia, że oferta złożona przez Konsorcjum nie jest

rażąco niska, czym odwrócił ciężar dowodu w sposób jawnie i oczywiście sprzeczny z przepisami PZP;

4) pomimo wątpliwości biegłego, dalsze wystąpienie o uzasadnienie i wskazanie w opinii uzupełniającej oceny oferty Konsorcjum zamiast dokonanie ogólnej opinii i wyliczeń na temat podanej stawki;

5) ostatecznie – uznanie opinii biegłego, która zawiera liczne błędy, wątpliwości, wady oraz brak jakiegokolwiek uzasadnienia i oparcia się o obowiązujące przepisy prawa – w zakresie, w jakim biegły jest powiązany z Konsorcjum – uznał, że przedstawiona opinia jest wystarczająco do udowodnienia, że oferta Konsorcjum nie zawiera rażąco niskiej ceny (podczas gdy brak jest ku temu jakichkolwiek podstaw).

Odwołujący argumentował, że zamawiający przejął na siebie ciężar udowodnienia braku rażąco niskiej ceny w ofercie Konsorcjum (zamiast de facto Konsorcjum) i w związku z tym, na własny koszt wystąpił do biegłego sądowego – Mariana Cichonia. Odwołujący podniósł, że biegły winien być osobą niezależną, która nie ma interesu prawnego związanego z rozstrzygnięciem sprawy i posiadająca wiadomości specjalne, niezbędne z punktu widzenia prawidłowości przygotowania i prowadzenia danego postępowania.

Odwołujący wywiódł, że opinią biegłego jest osąd o okolicznościach faktycznych, stanach lub zdarzeniach, dla których poznania i wyjaśnienia wymagany jest określony zasób wiadomości specjalnych z różnych dziedzin nauki, techniki, sztuki, rzemiosła czy obrotu gospodarczego oraz doświadczenia zawodowego, sformułowany i wyrażony w toku postępowania przez osobę wyznaczoną w tym celu przez sąd. Zadaniem biegłego zasadniczo nie jest poszukiwanie dowodów i okoliczności mających uzasadniać argumentację stron procesu, lecz dokonanie oceny przedstawionego materiału z perspektywy posiadanej wiedzy naukowej, technicznej lub branżowej i przedstawienie sądowi wniosków umożliwiających poczynienie właściwych ustaleń faktycznych i właściwą ocenę prawną znaczenia zdarzeń, z których strony wywodzą swoje racje.

Odwołujący argumentował, że przed wskazaniem błędów i zastrzeżeń do wydanych przez niego: opinii z dnia 17 czerwca 2022 roku oraz opinii uzupełniającej z dnia 8 lipca 2022 roku (co tylko podkreśla, że Zamawiający dwukrotnie, podobnie jak w przypadku wyjaśnień Konsorcjum – dążył do odpowiedzi, które go zadowolą i pozwolą na wybór wyłącznie oferty Konsorcjum) podkreśla, iż:

- 1) Biegły sądowy M. C. jest rzeczoznawcą Polskiej Izby Ochrony;
- 2) Lider Konsorcjum również należy do Polskiej Izby Ochrony - <http://www.piooim.pl/firmy-czlonkowskie>;
- 3) Opinie wydane przez biegłego sądowego Mariana Cichonia stoją w jawnej sprzeczności z kalkulacją minimalnego wynagrodzenia pracownika ochrony w 2022 roku wydanego oficjalnie przez Polską Izbę Ochrony.

Zdaniem odwołującego kolejno, sama treść opinii potwierdza, że została ona zlecona tylko i wyłącznie po to, aby potwierdzić, że cena zaproponowana przez Konsorcjum, jej ogólne wyjaśnienia i jednoczesny brak dowodów – potwierdzają, że brak jest tutaj cech rażąco niskiej ceny, a czego mimo wszystko – nie udało mu się udowodnić. Zdaniem odwołującego wydanej opinii nie można przypisać cechy profesjonalizmu i niezależności, a także wewnętrzną sprzeczność z wydaną przez Polską Izbą Ochrony – kalkulacją na 2022 rok, która została przedłożona Zamawiającemu i Konsorcjum podczas rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odnosząc się zaś do samych opinii, na których oparł się Zamawiający odwołujący wskazał na następujące błędy i zastrzeżenia:

- a) Biegły całkowicie bezzasadnie dokonuje podziału na podmioty, które dbają w sposób lepszy lub gorszy o jakość świadczonych usług, o czym świadczy zwrot *„Polska Izba Ochrony jako organizacja dbająca przede wszystkim o wysoką jakość świadczonych usług ochrony wlicza w koszty — umundurowanie, specjalistyczne szkolenia i badania (...)”*, co z kolei pozwala na stwierdzenie, że tego typu koszty nie dotyczą Konsorcjum – co stoi w całkowitej sprzeczności z ideą prowadzenia tego typu działalności gospodarczej, tj. w zakresie ochrony osób i mienia;
- b) Biegły bezkrytycznie, bez poddania stosownej analizie przyjmuje jako jedyne, słuszne i prawidłowe – wyliczenia i ogólne wyjaśnienia Konsorcjum, powielając przy tym tożsame błędy jak Konsorcjum, tj. brakujące element wyceny, np. odzież służbowa, szkolenia, uprawnienia itp., co z kolei jest wymagane przez SWZ;
- c) Biorąc pod uwagę poprzednią rozprawę przed KIO oraz stwierdzenie, że faktycznie należy wyjaśnić cenę zaproponowaną przez Konsorcjum – dla biegłego różnice w stawce za roboczogodzinę rzędu 1-2 zł nie stanowią istotnych zmian i różnic pomiędzy ofertami (*„stąd stawka godziny pracy niewiele wyższa, powiedzmy , że szacunkowo ok. 2 zł/godz (...)”* oraz *„(...) średni koszt roboczogodziny wyliczony przez instytucje nie biorące udziału w przedmiotowym postępowaniu poz. 3—5 to ok.26 -27 zł. Konsorcjum DOGMAT zaoferowało kwotę 25,28 zł, a więc niewiele mniejszą (...)”*), podczas gdy jak zostało wykazane już przed KIO oraz na gruncie przedłożonych dowodów – różnice nawet w zakresie kilkudziesięciu groszy w kontekście tak dużego zamówienia i postępowania są znaczące;
- d) Biegły nie operuje na konkretnych stawkach tylko swój pogląd wyraża „na oko”, „szacunkowo”, podczas gdy celem takiej opinii jest zaprezentowanie wiedzy specjalnej, a więc bardzo precyzyjnej i dokładnej – potwierdza to stwierdzenie *„stąd stawka godziny pracy niewiele wyższa, powiedzmy , że szacunkowo ok. 2 zł/godz”*;
- e) Sam biegły w opinii niejako wskazał, iż Konsorcjum nie jest podmiotem zajmującym się ochroną w sposób zawodowy, tj. *„Wynikało by z tego ,że średni koszt roboczogodziny wyliczony przez instytucje nie biorące udziału w przedmiotowym postępowaniu poz. 3—5 to*

ok.26 -27 zł. Konsorcjum DOGMAT zaoferowało kwotę 25,28 zł, a więc niewiele mniejszą, szacunkowo to jedynie ok.5% mniej niż instytucje które tym zajmują się niejako zawodowo”;

f) Biegły sądowy w żaden sposób nie dokonał obliczenia stawki minimalnej za roboczogodzinę pracownika ochrony, w tym uwzględnienia elementów składowych wymaganych przez prawo – jak zostało to wykonane przez wskazane powyżej opinie, czy też PIP;

g) Biegły sądowy stosuje bliżej nieokreślone i nieznane obliczenia, które uwzględniają tylko jemu znane składniki, o czym świadczy zwrot „Z wyliczenia jakie zastosowałem wynika, że wybrany wykonawca kontrakt na rzecz Zamawiającego po zawarciu umowy zrealizowałby za 98,44% wyceny określonej przez Grudziądzki Park Przemysłowy”. Zdaniem odwołującego brak jest to wskazania sposobu obliczenia, składników obliczenia oraz co dało taki, a nie inny wynik w sytuacji, gdy na całe zamówienia nie składają się tylko stawki godzinowe za wynagrodzenie pracowników ochrony;

h) Opinia biegłego jest wewnętrznie sprzeczna o czym świadczą chociażby zwroty: „Nie można w związku z tym uznać, że cena zaoferowana przez Konsorcjum za jedna roboczogodzinę jest rażąco niska” oraz „Nie uwzględniono np .kosztów badań lekarskich/ bywa że ich kosztem czasem obciążani są sami pracownicy/, koszty szkoleń można realizować posiadany już zasobami kadrowymi”, czy też „W przedmiocie zamówienia oferowana stawka godzinowa nie gwarantuje osiągnięcia zysku dla wybranego przedsiębiorcy — założono wprawdzie tylko 0,05 zł od 1 roboczogodziny .Mimo to budzi jednak wątpliwości” – przy czym według odwołującego są to twierdzenia nieprawdziwe gdyż koszty badań zawsze ponosi pracodawca;

i) Biegły potwierdza także, że Konsorcjum nie uwzględniło w swojej wycenie elementów wskazywanych przez niego.

Odwołujący argumentował, że w rezultacie, pomimo tego, że biegły M. C. stwierdza, że „Nie można w związku z tym uznać, że cena zaoferowana przez Konsorcjum za jedna roboczogodzinę jest rażąco niska”, to w dalszej części opinii wskazuje wprost na konkluzje wręcz przeciwnie, tj.:

• „Mimo to budzi jednak wątpliwości.”

• „Nie wiadomo jaki zysk w swojej kalkulacji założyło Konsorcjum DOGMAT z realizacji tego typu usług. W zależności od sytuacji na pokrycie ewentualnych dodatkowych kosztów pracy, odszkodowań, nadmiernej absencji itp wymagane będzie zaangażowanie dodatkowych zasobów finansowych jeżeli z tego tytułu będą uzyskane.”

• „Nie można więc w sposób oczywisty i jednoznaczny określić czy możliwe jest należyte wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wszystkimi wymogami Sprostanie tym warunkom być może wymagać będzie zaangażowania zasobów którymi firma DOGMAT już może dysponować np. części zysku wypracowanego wcześniej, posiadanego już

wyposażenia, środków ochrony czy umundurowania, w celu zagwarantowania rzetelności wykonania Zamówienia.”

- „Przy realizacji Zamówienia w granicach jego opłacalności Zamawiający powinien monitorować czy zlecone usługi wykonywane są uczciwie ,rzetelnie i dokładnie.”
- „Wyliczone minimalne stawki przez 1.Stowarzyszenie Polski Związek Pracowników Ochrona - kwota 26,01 2. Wystąpienie Inspektora Pracy z 14.03.2022r. — kwota 26,49. Są to praktycznie stawki minimalne jak sama nazwa wskazuje.”

Odwołujący podniósł, że w rezultacie biegły wydaje opinię, która stoi w sprzeczności z w/w kwestiami, tj. „Określenie stawki poniżej której nie można wykonać usługi można szacunkowo określić, że jest to kwota poniżej 24- 25 zł za jedną roboczogodzinę. Podkreślam, że jest to pewna przybliżona wartość poniżej której nie da się należycie wykonać tej usługi.”.

Zdaniem odwołującego, wobec powyższego, pomimo tego, że opinia zawiera bardzo liczne błędy, sprzeczności, czy też braki – biegły wprost wskazuje na wątpliwości co do ceny zaproponowanej przez Konsorcjum, a przy tym na fakt, że przedstawiona cena nie zawiera wszystkich elementów do jej obliczenia – co zostało wykazane przez niego w toku postępowania, a także na rozprawie przed KIO. Ponadto, odwołujący argumentował, że sam biegły sugeruje, żeby monitorować Konsorcjum czy przy takich stawkach prawidłowo wykona powierzone zadanie.

Odwołujący podniósł, że uwagę na braki różnego rodzaju elementów przy obliczaniu stawki za roboczogodzinę pracownika ochrony przez Konsorcjum – dostrzegł także Zamawiający, który zwrócił się do biegłego o wydanie opinii uzupełniającej w kontekście kosztów obowiązkowych szkoleń pracowników ochrony dla realizacji zamówienia oraz minimalnej ceny za usługę ochrony w jednostkach miejskich gminy Grudziądz.

W rezultacie biegły stwierdził, że:

a) kurs doszkalający dla kwalifikowanego pracownika ochrony to koszt ok. 400 – 750 zł, przy czym biegły dodał: „*UWAGA. Pracodawca nie ma obowiązku pokrywania kosztów kursów doskonalących dla swoich pracowników, jednak większość firm je pokrywa co stanowi dość spory wydatek dla przedsiębiorców — źródło; T. Ż. — Rzeczoznawca Polskiej Izby Ochrony, dyr. Centrum Szkolenia Służb Ochrony Delta*”;

b) w przypadku braku stosownych kwalifikacji – kurs na kwalifikowanego pracownika ochrony wynosi ok. 2.200 – 2.500 zł;

Przekładając powyższe na zamówienie, którego dotyczy postępowanie, biegły:

c) wskazał, że zakresie monitorowania sygnałów alarmowych i konwojowania wartości pieniężnych – wymagani są kwalifikowani pracownicy ochrony;

d) obliczył w szczegółowy sposób ilu kwalifikowanych pracowników ochrony jest niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem dodając na

zakończenie, że „Łącznie więc przystępujący do realizacji zamówienia powinien zatrudnić ok.25 pracowników ochrony z kwalifikacjami”;

e) wskazał inne kursy oraz ich ceny, które są niezbędne do realizacji zamówienia, przy czym potwierdził też, że „Kalkulacja Polskiej Izby Ochrony 30 zł/m-c na szkolenia jest uzasadniona” – a który to element został całkowicie pominięty przez Konsorcjum.

Odwołujący argumentował, że na zakończenie, z całkowitym pominięciem przepisów prawa pracy, zasad logiki oraz w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę – biegły stwierdził, że „wykonywanie tego kontraktu przy stawce godzinowej niższej o 5% od najmniejszej stawki jaką zaproponowała firma Dogmat, tj. 25,28zł — 5%= 24,02 zł jest kwotą graniczną poniżej której usługa nie mogła by być zrealizowana należyście zgodnie z wymogami SWIZ. MINIMALNĄ STAWKĄ JEST WIĘC KWOTA 24 ZŁ ZA 1 GODZINĘ”.

Zdaniem odwołującego w rezultacie, biegły z jednej strony wskazał jednocześnie, że stawka zaproponowana przez Konsorcjum, tj. 25,28 zł (z uwzględnieniem zysku w wysokości 0,05 zł) za roboczogodzinę budzi jego wątpliwości, a Konsorcjum musi być kontrolowane, a z drugiej, że kwota minimalna za jaką da się wykonać zlecenie to 24,02 zł.

Odwołujący podniósł, że powyższe dwie opinie wprost wskazują, że pomimo zwrócenia uwagi na elementy składowe stawki godzinowej, które są niezbędne przy pracy w ochronie, przy jednoczesnym pominięciu przepisów prawa pracy i minimalnego wynagrodzenia – opinia wydana została bez wiadomości specjalnych, bez podstaw prawnych, bez wskazania sposobu obliczeń, przy przyjęciu znanych tylko biegłemu stawek – wyłącznie stronniczo i na korzyść Konsorcjum, podczas gdy konkluzje biegłego stoją w całkowitej sprzeczności z przedstawionymi informacjami. Odwołujący podkreślił także, iż biegły – podobnie jak Zamawiający oraz Konsorcjum – całkowicie zaniechał sprawdzenia podziału pracy przy realizacji zadania na porę nocną (38,93%) i dzienną (61,07%) przy obliczeniu stawki minimalnej za roboczogodzinę, co stoi w sprzeczności z samym zamówieniem.

W uzasadnieniu zarzutu nr 6 - zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum w związku z ponownym nieprawidłowym złożeniem jedz członka konsorcjum – odwołujący podniósł, że zamawiający w Rozdziale 6 ust. 4 SWZ wskazał wprost, iż w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, JEDZ w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym składa pod rygorem nieważności każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Oświadczenia te potwierdzają brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim każdy z Wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał, że w skład Konsorcjum wchodzi m.in. Patrol Dogmat Spółka Cywilna M. P. R. K.. Odwołujący podniósł, że spółka cywilna nie jest podmiotem praw i obowiązków, lecz ma charakter umowy cywilnoprawnej. Podmiotowość prawną, mają tylko wspólnicy tej spółki, a

nie sama spółka. Oznacza to, iż oświadczenie woli, jakim jest JEDZ, powinno być złożone, przez wspólników spółki cywilnej, a nie przez spółkę. W świetle powyższego, wykonawcą w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mogą być tylko wspólnicy spółki cywilnej, a nie sama spółka.

Odwołujący podniósł, że w związku z uwzględnieniem zarzutu przez Zamawiającego i samo Konsorcjum w kontekście poprzedniego postępowania przed KIO – Zamawiający w odpowiedzi na poprzednie odwołanie wskazał wprost, że - „Zamawiający zgadza się, iż obaj wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia działający w formie spółki cywilnej powinni złożyć oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia oraz informacje o przynależności do grupy kapitałowej dotyczące każdego z tych wykonawców z osobna”. W rezultacie, Zamawiający pismem z dnia 19 maja 2022 r., a więc po doręczeniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 kwietnia 2022 r. (sygn. akt KIO 948/22) wezwał Konsorcjum m.in. do przedłożenia:

- „Jednolity Europejski Dokument Zamówienia dla każdego członka Konsorcjum będącego współnikiem spółki; cywilnej Patrol Dogmat Spółka Cywilna M. P. , R. K.”.

Odwołujący podniósł, że w odpowiedzi na wezwanie, Konsorcjum przesłało dwa pliki JEDZ, przy czym są one tożsame z plikiem, który został dołączony pierwotnie do oferty w sposób błędny, gdyż dotyczą one – ponownie – spółki cywilnej jako całości, a nie każdego z jej wspólników.

Odwołujący wywiódł, że Konsorcjum ponownie – w sposób błędny – przesłało pliki JEDZ dla:

1) Patrol Dogmat Spółka Cywilna M. P. R. K. (NIP: 5783006776) – popisanie przez R. K. i M. P. (jako właściciel R. K.);

2) Patrol Dogmat Spółka Cywilna M. P. R. K. (NIP: 5783006776) – popisanie przez R. K. (jako właściciel R. K.);

podczas gdy, zgodnie z CEIDG podany w w/w JEDZ ten sam numer NIP przysługuje dla spółki cywilnej, a nie poszczególnych jej wspólników (NIP: 5783006776 REGON: 280287071). Ponadto, odwołujący wskazał, że zgodnie z CEIDG i wskazanym numerem NIP, spółkę cywilną będą jednocześnie partnerem Konsorcjum tworzą:

a) PATROL DOGMAT M. P. (Przedsiębiorca: M. P. , NIP: 5782820210, REGON: 280513159);

b) R. K. 1. P.H.U., 2. wspólnik spółki cywilnej: PATROL DOGMAT (Przedsiębiorca: R. K., NIP: 5782912797, REGON: 280513136).

Zdaniem odwołującego, prawidłowe pliki JEDZ powinny zostać złożone odrębnie dla wskazanych powyżej przedsiębiorców z punktu a) i b), a nie ponownie dla spółki cywilnej. Odwołujący argumentował, że Mając na względzie przepisy PZP - wykonawca jest wzywany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w określonym zakresie tylko raz i tylko

raz może je uzupełnić po uprzednim uzyskaniu od zamawiającego w wezwaniu informacji, jakie ten stwierdził wady bądź braki. Dla zachowania zasady jednokrotności wezwania konieczne jest, aby zamawiający nie wzywał „do skutku”, dwukrotnie (i więcej) do uzupełnienia tego samego podmiotowego środka dowodowego, dokumentu lub oświadczenia w odniesieniu do tej samej okoliczności. Odwołujący wywiódł, że w rezultacie – Konsorcjum pomimo samodzielnego uwzględnienia zarzutu z poprzedniego odwołania oraz świadomości błędnie złożonego JEDZ dla spółki cywilnej będącej partnerem Konsorcjum - ponownie złożyło nieprawidłowe dokumenty JEDZ, które zamiast dotyczyć współników spółki cywilnej, dotyczyły ponownie samej spółki. Tym samym, kolejne (drugie) wezwanie jest na podstawie PZP niedopuszczalne, a oferta Konsorcjum winna zostać w tym przypadku odrzucona.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby w dniu 16 sierpnia 2022 r. oświadczył, że cofa częściowo odwołanie w zakresie zarzutów nr 3a i 6 odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, ofertę konsorcjum, wezwanie zamawiającego kierowane do konsorcjum w toku postępowania do złożenia, uzupełnienia i wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów, odpowiedzi konsorcjum na ww. wezwania, opinie biegłego powołanego przez zamawiającego, wyrok KIO wydany w sprawie o sygn. akt KIO 948/22, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) przejrzysty;*
- 3) proporcjonalny.*

Stosownie do art. 18 ustawy Pzp:

- 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.*

2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Stosownie do art. 118 Pzp:

1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.
3. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.
4. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:
 - 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
 - 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;
 - 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Stosownie do art. 123 Pzp, Wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

Stosownie do art. 125 Pzp:

1. *Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego.*
2. *Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, składa się na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonym zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3 z 06.01.2016, str. 16), zwanego dalej „jednolitym dokumentem”.*
3. *Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.*
4. *W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, składa każdy z wykonawców. Oświadczenia te potwierdzają brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji w zakresie, w jakim każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.*

Stosownie do art. 128 Pzp:

1. *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:
 - 1) *wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub*
 - 2) *zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.**
2. *Wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia.*

Stosownie do art. 224 ustawy Pzp:

1. *Jeżeli zaferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do*

możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi 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 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

5. *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.*

6. *Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.*

Art. 226 ust. 1 stanowi, że *zamawiający odrzuca ofertę jeżeli:*

2) *została złożona przez wykonawcę:*

a) *podlegającego wykluczeniu z postępowania lub*

b) *niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,*

8) *zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Art. 239 ustawy Pzp stanowi, że:

1. *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

2. *Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.*

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp i art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 3a i 6 odwołania (pkt 1 sentencji wyroku).

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy.* Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.*

Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby w dniu 16 sierpnia 2022 r. oświadczył, że cofa odwołanie w ww. częściach. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wniosku a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już odwołania w ww. zakresie, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę, nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

Zarzut 1 okazał się zasadny.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest „świadczenie usług ochrony mienia i osób dla członków Grupy Zakupowej organizowanej przez GPP Sp. z o.o.”

Ustalono, że W specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), zamawiający zawarł następujące postanowienia:

Rozdział 5, pkt 6, ppkt 4 lit. e) SWZ

warunkiem udziału w postępowaniu jest dysponowanie co najmniej dwoma oznakowanymi nazwą Wykonawcy bankowozami, tj. posiadającymi wymaganą przepisami prawa homologację, tj. pojazdami samochodowymi przeznaczonymi do transportu wartości pieniężnych, oznaczone w zależności od konstrukcji i zabezpieczenia technicznego homologacją typu: A lub B lub C.

Ustalono także, że w rozdziale 6 SWZ zamawiający wskazał:

- 1. Wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu oraz wykazania braku podstaw do wykluczenia, zobowiązany jest złożyć, za pośrednictwem Platformy Zakupowej, JEDZ, przy czym należy go złożyć pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, a plik musi być opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym.*
- 2. Zamawiający informuje, iż Wykonawca nie jest obowiązany do złożenia wraz z ofertą jednolitego dokumentu. Zamawiający zażąda tego oświadczenia wyłącznie od Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona.*
- 3. Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia także JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na jego zasoby. JEDZ podmiotów udostępniających zasoby należy złożyć pod rygorem nieważności w postaci elektronicznej opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym.*

Ustalono także, że w celu wykazania spełnienia warunków, o których mowa w Rozdziale 5, pkt 6, ppkt 4 lit. e) SWZ, Wykonawca, którego Oferta została najwyżej oceniona,

zobowiązany był do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnego na dzień złożenia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami.

Ustalono także, że w Rozdziale 9 SWZ zamawiający postanowił:

1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w Rozdziale 5, pkt 6, ppkt 4 SWZ w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do Zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

3. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z Ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji Zamówienia (dalej „Zobowiązanie”) lub inny Podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że Wykonawca realizując Zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

7. Wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

Ustalono, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego swą ofertę złożył m.in. konsorcjum. Konsorcjum nie dołączyło do oferty żadnego zobowiązania do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego w celu realizacji zamówienia.

Ustalono także, że na wezwanie zamawiającego z dnia 15 marca 2022 r. skierowane do Konsorcjum w trybie art. 126 ust. 1 Pzp, konsorcjum złożyło zamawiającemu m.in. dokumenty JEDZ dla swych członków. Partnerzy Konsorcjum jako oddzielni wykonawcy w swoich dokumentach JEDZ wskazali:

- „Czy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V? – NIE” (część II, lit. C);

- „Spełnia wymagane kryteria kwalifikacji: TAK” (część IV, sekcja alfa).

- „Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia? – TAK. Jeżeli tak i o ile jest to wiadome, proszę podać wykaz proponowanych podwykonawców: [...]”. (część II, lit. D).

Te same informacje zostały powielone przez Konsorcjum w JEDZ złożonych przez spółkę cywilną z dnia 24 maja 2022 roku na żądanie Zamawiającego z dnia 19 maja 2022 roku.

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 15 marca 2022 r. konsorcjum złożyło także wykaz narzędzi. W wykazie tym oświadczyło, że dysponuje m.in. 2 bankowozami, zaś jako podstawę dysponowania wskazano: „podwykonawstwo”.

Następnie ustalono, że zamawiający pismem z dnia 19 maja 2022 r., działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał konsorcjum do złożenia w terminie do 24.05.2022 r. zobowiązania podmiotu trzeciego, na które powołuje Konsorcjum w zakresie dysponowania bankowozami oraz pliku JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie dysponowania bankowozami.

Następnie ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie Konsorcjum przesłało zamawiającemu m.in. następujące pliki:

a) pisemne zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia zgodnie z art. 118 ustawy PZP , tj. bankowozów – opatrzone podpisem kwalifikowanym z dnia 24 maja 2022 roku, 15:29:55;

b) JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby – opatrzone podpisem kwalifikowanym z dnia 24 maja 2022 roku, 16:10:53.

Co do zarzutu nr 1 Izba zważyła, co następuje.

Zdaniem Izby, w okolicznościach danej sprawy, zamawiający nieprawidłowo uznał, że konsorcjum Dogmat wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 5 pkt 6) ppk 4) lit. e) SWZ. W postanowieniu tym zamawiający wskazał, iż warunkiem udziału w postępowaniu jest *dysponowanie co najmniej dwoma oznakowanymi nazwą Wykonawcy bankowozami, tj. posiadającymi wymaganą przepisami prawa homologację, tj. pojazdami samochodowymi przeznaczonymi do transportu wartości pieniężnych, oznaczone w zależności od konstrukcji i zabezpieczenia technicznego homologacją typu: A lub B lub C.* Celem wykazania ww. warunku należało, na wezwanie zamawiającego, złożyć wykaz narzędzi. Ponadto, w rozdziale 9 pkt 1 SWZ zamawiający wskazał wprost, że wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby. Zamawiający dopuścił zatem, aby wykonawca nie dysponował samodzielnie ww. bankowozami, ale by posłużył się w tym zakresie bankowozami podmiotu trzeciego. Jednakże w takim przypadku zamawiający zastrzegł, że do oferty należało załączyć zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia takich zasobów. Powyższe

postanowienie SWZ stanowiło odbicie w dokumentach zamówienia przepisu art. 118 ust. 1 Pzp, który nakazuje wykonawcom składać takie zobowiązania już wraz z ofertą.

W dalszej kolejności dostrzeżenia wymagało, że zamawiający w rozdziale 9 ust. 7 SWZ przewidział także wyraźnie, że wykonawca nie może po upływie terminu składania ofert powoływać się na zdolności podmiotu trzeciego, jeżeli na etapie składania ofert nie powoływał się w tym zakresie na takie zdolności. To z kolei postanowienie stanowiło odbicie w dokumentach zamówienia przepisu art. 123 Pzp, który taki zakaz formułuje.

Charakterystycznym i nietypowym w analizowanej sprawie było natomiast to, że zamawiający, wbrew przepisowi art. 125 ust. 1 i ust. 2 Pzp, nie zażądał od wykonawców złożenia wraz z ofertą jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, który stanowi dowód potwierdzający m.in. spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe (por. rozdział 6 pkt 2 SWZ).

W tak ustalonym stanie faktycznym nie było sporne między stronami, że konsorcjum Dogmat, pomimo obowiązku wynikającego wprost z SWZ i art. 118 Pzp, nie złożyło wraz z ofertą zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia bankowozów wymaganych przez zamawiającego. Zdaniem Izby, skoro zobowiązania podmiotu trzeciego nie złożono, to należało uznać, że celem wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania bankowozami, na etapie składania ofert, konsorcjum Dogmat nie powoływało się na zasoby podmiotu trzeciego. A *contrario* należało bowiem przyjąć, że w tym zakresie zamierzało spełnić warunek samodzielnie. Powyższych ustaleń nie zmieniał fakt, że zamawiający, z naruszeniem art. 125 ust. 1 i 2 Pzp, nie wymagał złożenia na etapie składania ofert dokumentów JEDZ, w wyniku czego konsorcjum Dogmat takich dokumentów na tym etapie nie przedstawiło. Dopiero po upływie terminu składania ofert, na wezwanie zamawiającego z 15 marca 2022 r., takie dokumenty zostały złożone. W dokumentach JEDZ dla swych członków partnerzy konsorcjum jako oddzielni wykonawcy w swoich dokumentach JEDZ wskazali jednak:

- „Czy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V? – NIE” (część II, lit. C);

- „Spełnia wymagane kryteria kwalifikacji: TAK” (część IV, sekcja alfa).

- „Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia? – TAK. Jeżeli tak i o ile jest to wiadome, proszę podać wykaz proponowanych podwykonawców: [...]”. (część II, lit. D).

Z dokumentów JEDZ, złożonych już po terminie składania ofert wynikało zatem również, że celem wykazania warunków udziału w postępowaniu wykonawcy nie zamierzali polegać na zasobach podmiotów trzecich i że warunki te spełniają samodzielnie.

Owszem, w odpowiedzi na wezwanie z dnia 15 marca 2022 r. konsorcjum złożyło także wykaz narzędzi. W wykazie tym oświadczyło, że dysponuje m.in. dwoma bankowozami, zaś jako podstawę dysponowania wskazano: „podwykonawstwo”. Powołując się na ww. dokument zamawiający usiłować wywodzić, że jego treść miała świadczyć o tym, że wykonawca od początku, tj. od upływu terminu składania ofert, miał jednak polegać w zakresie bankowozów na zasobach podmiotu trzeciego – podwykonawcy. Odnosząc się do ww. twierdzeń Izba stwierdziła, że na tę okoliczność zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu. Wykaz narzędzi nosił datę 17 marca 2022 r. i pojawił się w postępowaniu już po upływie terminu składania ofert, to jest 9 marca 2022 r. Twierdzeniom zamawiającego zaprzeczał również fakt braku złożenia wraz z ofertą jakiegokolwiek zobowiązania podmiotu trzeciego. Uszło również uwadze zamawiającego, że jeśliby rzeczywiście wykonawcę z podwykonawcą udostępniającym bankowozy już w momencie otwarcia ofert łączył stosunek zobowiązaniowy, to podwykonawca ten powinien być wykonawcy znany najpóźniej w momencie ofertowania. Tymczasem, z dokumentów JEDZ członków konsorcjum Dogmat wynikało wprost, że jeszcze na datę sporządzenia tych dokumentów, to jest 17 marca 2022 r., podwykonawcy nie byli konsorcjum Dogmat znani. Skoro podwykonawca jeszcze w dniu 17 marca 2022 r. nie był wykonawcy znany, to w tej dacie nie mógł z nim łączyć konsorcjum Dogmat żaden stosunek zobowiązaniowy. Zdaniem Izby aby stosunek zobowiązaniowy istniał, powinny być znane jego strony. Ponadto, na marginesie można było wspomnieć, że zgodnie z treścią warunku, bankowozy na dzień składania ofert miały pozostawać nie tylko w dyspozycji wykonawcy, ale jeszcze dodatkowo być oznaczone nazwą konsorcjum Dogmat.

W tej sytuacji zaistniałą sytuację należało rozumieć w ten sposób, że wykonawca w dacie składania ofert, celem wykazania warunku dot. bankowozów nie polegał na zasobach podmiotów trzecich. W braku dowodu przeciwnego w postaci zobowiązania, który zgodnie z SWZ i ustawą Pzp powinien być złożony wraz z ofertą, a contrario należało przyjąć, że konsorcjum zamierzało spełniać warunki samodzielnie. Z dokumentów złożonych zaś 17 marca 2022 r. – to jest dokumentów JEDZ i wykazu narzędzi - wynikało co najwyżej, że dopiero w tym momencie wykonawca zdecydował się na korzystanie z bankowozów jakiegoś podwykonawcy, który był mu jeszcze nieznanym.

Biorąc powyższe pod uwagę należało uznać, że powołanie się dopiero w dniu 24 maja 2022 r., a więc ponad dwa miesiące po składaniu ofert, na dysponowanie bankowozami podmiotu Taurus Ochrona Group Sp. z o. o., odbyło się z naruszeniem przepisu art. 123 Pzp oraz postanowieniem rozdziału 9 pkt 7 SWZ. Dokument zobowiązania ww. podmiotu trzeciego a także dokument JEDZ dla tego podmiotu zostały podpisane dopiero 24 maja 2022 r. Zatem należało uznać, że dopiero w tej dacie nastąpiło powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego celem wykazania warunku udziału w postępowaniu. Okoliczność, że zobowiązanie podmiotu trzeciego jest dokumentem uzupełniającym, zgodnie z art. 128 Pzp,

nie uchylała bowiem obowiązywania przepisu art. 123 Pzp. Zobowiązanie podlegałoby uzupełnieniu gdyby z całokształtu okoliczności towarzyszących sprawie można było wywnioskować, że wykonawca faktycznie zamierzał polegać w omawianym zakresie na zasobach podmiotu trzeciego, a tylko zapomniał złożyć wymaganego dokumentu potwierdzającego ten fakt. Jednakże nic takiego nie wynikało nie tylko z oferty, ale nawet z dokumentów składanych przez konsorcjum jeszcze w dniu 17 marca 2022 r.

W konsekwencji należało uznać, że konsorcjum Dogmat nie wykazało warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 5 pkt 6) ppk 4) lit. e) SWZ. Nie dysponowało bowiem samodzielnie, na moment składania ofert, bankowozami wymaganymi przez zamawiającego, zaś próba powołania się w tym zakresie na zasoby podmiotu trzeciego, po upływie terminu składania ofert, okazała się niedopuszczalna w myśl art. 123 Pzp.

Wobec powyższego stwierdzono, że zarzut nr 1 jest zasadny.

Zarzut 2 okazał się zasadny.

Ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie konsorcjum złożyło zamawiającemu wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 9 czerwca 2022 r. wraz z załącznikami. Konsorcjum zastrzegło, że informacje zawarte w ww. piśmie i załącznikach stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zastrzeżenia ww. informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa konsorcjum wskazało, co następuje:

Jednocześnie zastrzegamy, że wyjaśnienia oraz wszelkie informacje zawarte w niniejszym piśmie oraz załącznikach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art.11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynika, że 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. W ocenie Wykonawcy zastrzeżone w niniejszym piśmie informacje odnoszą się bezpośrednio do założeń przyjętych przez Wykonawcę jako podstawa kalkulacji ceny, i stanowią dla Wykonawcy szczególną wartość gospodarczą, organizacyjną i handlową. Przedstawione informacje dotyczą sposobu budowy kalkulacji ceny, danych pracowników zatrudnianych przez Wykonawcę, jak również współpracujących podmiotów gospodarczych.

Zbiór informacji zawartych w niniejszych wyjaśnieniach obrazuje sposób realizacji zamówienia przyjęty przez Wykonawcę, który warunkuje zaoferowanie konkurencyjnej ceny. Poszczególne informacje wynikające z wyjaśnień obrazują poziom i sposób kalkulacji kosztów, a ich ujawnienie mogłoby negatywnie wpłynąć na pozycję Wykonawcy na rynku usług ochroniarskich. Przedmiotowe dane posiadają zatem szczególną wartość gospodarczą

ze względu na uwarunkowania rynkowe w branży usług ochroniarskich, gdzie głównym składnikiem cenotwórczym są koszty osobowe. Wykonawca stoi na stanowisku, że dane o polityce wynagrodzeń pracowników, ilości pracowników dedykowanych do wykonania zamówienia i ułożeniu warunków pracy dla tych pracowników zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wpisuje się w charakter informacji istotnych z punktu widzenia działalności danego wykonawcy. Wykonawca oświadcza, że przedmiotowe informacje nie były publikowane lub udostępniane osobom trzecim, nieuprawnionym do powzięcia tych informacji. Informacje te nie są udostępniane w jakichkolwiek dostępnych publicznie materiałach, a system informatyczny, w którym są przechowywane, został zabezpieczony, Wykonawca zapewnił ochronę przedmiotowych danych także poprzez stosowanie systemu obiegu dokumentów, który zapewnia zindywidualizowany dostęp do dedykowanych dokumentów. Dodatkowo, Wykonawca ogranicza we własnym przedsiębiorstwie liczbę osób mających dostęp do danych technicznych i osobowych, wprowadził system monitorowania pracy komputerów oraz zawiera z pracownikami oraz współpracującymi podmiotami umowy o zachowaniu poufności.

Co do zarzutu nr 2 Izba zważyła, co następuje.

Przypomnienia wymagało, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.* Dostrzec należy, że w na gruncie poprzedniej ustawy Pzp z 2004 r., gdy wprowadzono do tej ustawy, w jej art. 8 ust. 3, obowiązek wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa przedstawiono powody wprowadzenia takiej regulacji. Powody te pozostają także aktualne na gruncie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp o treści zbliżonej do art. 8 ust. 3 ustawy Pzp z 2004 r. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: „*Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o*

zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.”.

Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ani gołosłowne zapewnienia.

Przedmiotem oceny Izby w tej sprawie było stwierdzenie, czy zamawiający na podstawie złożonych mu przez konsorcjum Dogmat wyjaśnień prawidłowo ustalił, że informacje zawarte w piśmie z dnia 9 czerwca 2022 r., stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, konsorcjum Dogmat zobowiązane było wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) *informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,*
- 2) *jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,*
- 3) *uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.*

W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą” (S. S. w: *Komentarz do art. 11 ZNKU*, w: *Komentarz ZNKU pod red. J. Sz.*, Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, *Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex*, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (E. W. G., *Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji*, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 uznk. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.

Konsorcjum Dogmat usiłując wypełnić wymóg wykazania, że zastrzegane przez niego informacje zawarte w piśmie z dnia 9 czerwca 2022 r. oraz załącznikach do niego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym samym piśmie przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia.

Analiza ww. uzasadnienia zastrzeżenia prowadziła do wniosku, że konsorcjum Dogmat nie sprostało ciężarowi wykazania łącznego spełnienia wszystkich przesłanek pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa wynikających z art. 11 ust. 2 uznk.

Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa składało się dosłownie z kilku ogólnych zdań.

Na wstępie uzasadnienia znajdowało się jedynie przytoczenie przepisów prawa, które nie stanowiło wykazania zasadności zastrzeżenia. Kolejno stwierdzono, że konsorcjum Dogmat usiłowało wykazać wartość gospodarczą zastrzeganych informacji podnosząc, że przedstawione informacje przedstawiają sposób kalkulowania ceny, którego ujawnienie mogłoby negatywnie wpłynąć na jego pozycję na rynku usług ochroniarskich.

Biorąc powyższe pod uwagę należało dojść do wniosku, że konsorcjum Dogmat nie sprostało nie tylko konieczności wykazania ale nawet choćby opisania, z czego wnosi, że przyjęty przez niego sposób kalkulowania jest z jakichś względów unikalny, wyjątkowy, niespotykany i niedostępny innym wykonawcom. W analizowanym uzasadnieniu znalazły się

jedynie głoślowne, ogólne deklaracje o unikalności kalkulacji, z nieznanymi względów. Pomimo przeanalizowania uzasadnienia nie sposób było ustalić, na czym miałyby polegać know-how konsorcjum przy kalkulowaniu, nieudostępne innym wykonawcom. Konsorcjum Dogmat powołał się ogólnie na jakąś „politykę wynagrodzeń pracowników”, ale nie tylko nie wykazało wyjątkowości tej „polityki”, ale nawet nie opisało, na czym miała ona polegać i w czym upatruje jej przewagi na politykami innych wykonawców.

Następnie konsorcjum Dogmat oświadczyło, że ujawnienie jego sposobu kalkulacji ceny „*mogłoby negatywnie wpłynąć na pozycję wykonawcy na rynku usług ochroniarskich*”. W tym kontekście dostrzeżenia wymagało, że w jawnym piśmie z dnia 24 maja 2022 r. (stanowiącym pierwsze wyjaśnienia ceny) konsorcjum Dogmat ujawniło już w zasadniczej części przyjętą przez siebie na potrzeby tego postępowania kalkulację kosztów płacowych pracownika ochrony, założenia poczynione przez kalkulowanie ceny, w tym za monitorowanie, konwojowanie, prognozowaną wartość zysku. Powyższe zaprzeczało głoślownym twierdzeniom konsorcjum Dogmat o niedostępności sposobu kalkulacji dla innych wykonawców. Poddawało to także w wątpliwość podawaną jako przyczynę utajnienia obawę ujawnienia tego sposobu kalkulacji dla jego pozycji rynkowej, skoro ten sposób kalkulacji sam ujawnił kilka tygodni wcześniej. Nieprawdziwe okazały się zatem stwierdzenia konsorcjum, że przedmiotowe informacje nie były ujawniane i udostępnione osobom trzecim.

W dalszej kolejności podkreślenia wymagało, że uzasadnienie zastrzeżenia nie tylko okazało się lakoniczne i nic nie wnoszące do sprawy, ale także pozostało głoślowne. Na poparcie swych twierdzeń konsorcjum Dogmat nie przedstawiło jakichkolwiek dowodów. W szczególności konsorcjum Dogmat nie przedstawiło żadnych dowodów na okoliczność, że podjął niezbędne działania celem zachowania zastrzeganych danych w poufności. Oprócz poruszonej już wyżej kwestii, że głoślowne oświadczenia w tym zakresie pozostały nieprawdziwe, dodatkowo zauważenia wymagało, że konsorcjum Dogmat nie przedstawiło zamawiającemu żadnych dowodów na okoliczność, że „zapewniło zindywidualizowany dostęp do dedykowanych dokumentów”. Nie przedstawiono też żadnych obowiązujących w firmie polityk bezpieczeństwa, regulaminów, listy osób mających dostęp do poufnych danych, umów o zakazie poufności lub chociażby wyciągów z nich lub wzorów itd. Twierdzenia w tym zakresie, wbrew wymaganiom z art. 18 ust. 3 Pzp, nie zostały wykazane przez konsorcjum Dogmat.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie w zebranych w sprawie materiale dowodowym. Skutkiem bezzasadnego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest leżący po stronie zamawiającego obowiązek odtajnienia takich danych. W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 wyraźnie stwierdzono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność

dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Skoro zatem zamawiający miał obowiązek stwierdzić bezskuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to jego obowiązkiem było odtajnienie danych nieskutecznie zastrzeżonych.

Wobec powyższego stwierdzono, że zarzut nr 2 jest zasadny.

Zarzuty 3b, 3c, 4 i 5 okazały się zasadne.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest „świadczenie usług ochrony mienia i osób dla członków Grupy Zakupowej organizowanej przez GPP Sp. z o.o.”

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

- 1) odwołującego z ceną brutto 6.706.014,14 zł,
- 2) konsorcjum z ceną brutto 6.198.330,93 zł.

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 6.287.312,36 zł brutto. (por. informacja z otwarcia ofert i o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono ponadto, że zamawiający pismem z 19 maja 2022 r. działając na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp wezwał konsorcjum do złożenia pisemnych wyjaśnień – w terminie do 24.05.2022 r., - dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość przedstawionej przez konsorcjum ceny. Zamawiający wskazał, że działając zgodnie z wytycznymi zawartymi w orzeczeniu KIO z dnia 25 kwietnia 2022 r (sygn. akt 948/22) Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych na podstawie art.224 ust.1 ustawy Pzp. Zamawiający w ww. wezwaniu sprecyzował, że *wyjaśnień należy udzielić w zakresie dotyczącym kosztów osobowych – zaoferowanej ceny jednej roboczogodziny w wysokości: netto 25,28 zł w tym wyjaśnienie:*

- 1) *zgodności z przepisami dotyczącymi 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 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie,*
- 2) *zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.*

Ponadto należy wyjaśnić czy Wykonawca w swojej kalkulacji dotyczącej usług monitoringu uwzględnił koszt kompletnego i całkowitego przeniesienia obsługi dotychczasowego systemu/instalacji alarmowego od poprzedniego Wykonawcy.

(por. wezwanie w aktach sprawy, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym, w aktach sprawy KIO 948/22).

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie konsorcjum złożyło przy piśmie z dnia 24 maja 2022 r. wyjaśnienia z dnia 24 maja 2022 r. W wyjaśnieniach tych wskazało:

Kalkulator kosztów płacowych roboczogodziny pracy pracownika ochrony - rok 2022 r.

Minimalne miesięczne wynagrodzenie od 01.01.2022 roku		
1.	Minimalne miesięczne wynagrodzenie pracownika	3 010,00 zł
2.	Dodatek za pracę w porze nocnej (20 %)	201,00 zł
3.	Suma pozycji 1+2	3 211,00 zł
4.	Składki ZUS pracodawcy (19,65 % z poz.3)	630,96 zł
5.	Suma pozycji 3+4	3 841,96 zł
6.	Wyliczenie świadczenia urlopowego w skali jednego miesiąca Wyliczenie świadczenia urlopowego w skali jednego miesiąca: poz.5 : 21 dni średnio w miesiącu x 26 dni wymiar urlopu pracownika: 12 miesięcy	396,39 zł
7.	Koszt od 01.01.2022 r. (Suma pozycji 5+6+7)	4 238,35 zł
8.	Koszt i roboczogodziny (poz. 7 / 168)	25,23 zł
9.	Przewidywany miesięczny zysk:	0,05 zł
10.	Suma kosztów:	25,28 zł

Z przedstawionej kalkulacji jasno wynika, iż:

- występuje zgodność z przepisami dotyczącymi 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 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie*
- występuje zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.*

Monitorowanie:

- usługę monitorowania firma będzie realizować własnymi zasobami. Koszty funkcjonowania stacji monitorowania Wykonawca już ponosi. Posiadamy własną stację monitorowania alarmów. Usługa monitorowania kolejnych obiektów nie generuje dodatkowych kosztów,
- koszt wpięcia systemów alarmowych do stacji monitorowania alarmów, Wykonawca ma zamiar dokonać własnymi zasobami. Wykonawca koszty tych zasobów już ponosi, gdyż posiada własny dział techniczny i zatrudnia techników, a usługa wpięcia nie będzie generować dodatkowych kosztów i nie zakładamy udziału w przeniesieniu (przepięciu) systemów przez firmy zewnętrzne,
- ewentualne nieprzewidziane koszty wykonawca planuje pokryć z zysku usługi. Koszty uwzględnione w kalkulacji wynoszą 150 zł netto za obiekt, gdzie faktyczny koszt wynosi 35 zł.

Miesięczna wartość zysku z usługi interwencji	150 zł – 35 zł (koszt) * 64 obiekty	7.475,00
Miesięczna wartość zysku z usługi monitorowania		1.701,09
	łącznie	9.175,09

Konwojowanie:

- faktyczny koszt realizacji usługi konwojowania wynosi 25 zł za 1 usługę, zgodnie z otrzymaną ofertą od podwykonawcy. Koszt przewidziany dla Zamawiającego to 50 zł

Miesięczna wartość zysku z usługi konwojowania	50 zł – 25 zł (koszt) * 88 usług	2.200,00
--	----------------------------------	----------

Miesięczna wartość zysku z usługi monitorowania i interwencji	9.176,00
Miesięczna wartość zysku z usługi konwojowania	2.200,00
Miesięczna wartość zysku z usługi ochrony fizycznej	384,65
Miesięczna wartość zysku	11.760,74

Informacje dodatkowe:

Konsorcjum usługę wykona w większości własnymi zasobami, które nie będzie generować znaczących kosztów, a przedstawiona przez Konsorcjum kalkulacja wskazuje, iż Wykonawca osiągnie zysk.

Ponadto wyjaśniamy:

- Zakład zatrudnia pracowników na umowę o pracę,
- Wynagrodzenie na poziomie ustawowo minimalnego wynagrodzenia.

- c) Koszty związane z ubezpieczeniem firmy, administracją i innymi pochodnymi, są kosztami które konsorcjum firm już poniosło, stąd nie uwzględniono ich w kalkulacji,
- d) Wszystkie firmy należące do konsorcjum, są czynnymi płatnikami VAT z obowiązującą stawką 23%,
- e) Wszelkie koszty związane z realizacją kontraktu, a nie przewidziane w przedstawionej kalkulacji realizowane będą z przewidzianego zysku.
- f) Wyliczenia kosztów szczegółowych z tytułu, kosztu wynagrodzenia osób realizujących zamówienie, zastępstw, dodatków nocnych,
- g) Wyliczenia zawierają koszty szczegółowe z tytułu wynagrodzenia za pracę w soboty i niedziele. Wykonawca stosuje równoważny system czasu pracy oraz za zgodą Państwowej Inspekcji Pracy rozlicza pracowników w 12 miesięcznym okresie rozliczeniowym,
- h) Wyliczenia zawierają koszty szczegółowe z tytułu przedstawionych składek ZUS pracodawcy,
- i) Wyliczenia zawierają szczegółowe koszty z tytułu zastępstw wraz z kosztami składek ZUS pracodawcy, dodatków nocnych, wynagrodzenia za pracę w soboty i niedziele,
- j) Koszty realizacji zamówienia związane z usługami np. odśnieżania konsorcjum będzie realizować własnymi siłami.

Z kalkulacji jasno wynika, iż konsorcjum firm planuje osiągnąć zysk z realizacji kontraktu miesięcznie na poziomie nie niższym niż 11.760,74 stąd też w naszej opinii nie ma podstaw do zarzucenia realizacji kontraktu poniżej kosztów.

Ustalono ponadto, że zamawiający pismem z 3 czerwca 2022 r. skierowanym do konsorcjum wskazał, że działając na podstawie art. 224 ust. 1 oraz ust. 3 pkt 4 Pzp wzywa go do złożenia pisemnych wyjaśnień – w terminie do 07.06.2022 r. - dotyczących zgodności z przepisami dotyczącymi 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 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie.

Mając na uwadze powyższe przepisy oraz wytyczne zawarte w orzeczeniu KIO z dnia 25 kwietnia 2022 r (sygn. akt 948/22), Zamawiający po przeanalizowaniu informacji zawartych w piśmie z dnia 24.05.2022 r wzywa do uzupełniania złożonych informacji o następujące elementy:

- 1) statystyki absencji wynikającej z innych przyczyn niż urlopy, np. chorobowe;
- 2) koszty zabezpieczeń socjalnych i bhp, w tym posiłków, napojów oraz indywidualnej odzieży roboczej i wyposażenia stanowiskowego;

- 3) informację czy tworzony jest ZFŚS i w jakiej wysokości na jednego zatrudnionego na pełen etat;
- 4) szkolenia: obowiązkowe i dobrowolne finansowane przez pracodawcę i ich koszty;
- 5) koszty kierownicze (nadzoru nad pracownikami);
- 6) koszty obsługi administracyjnej (kadr, płac, księgowości itp.);
- 7) czy jest płacony PFRON, jeżeli tak to w jakiej wysokości na jednego zatrudnionego na umowę o pracę;
- 8) Inne koszty jeżeli występują.

Zakres czasowy powyższych danych obejmuje: lata 2020 i 2021 w całości oraz pierwszy kwartał 2022 roku

(por. wezwanie w aktach sprawy, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

W dalszej kolejności ustalono, że 6 czerwca 2022 r. o g. 14.28 w korespondencji mailowej skierowanej do konsorcjum wyrażono zgodę na przedłużenie terminu złożenia wyjaśnień do dnia 9 czerwca 2022 r. (por. plik: historia korespondencji z wykonawcą Dogmat.pdf, w aktach sprawy, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Następnie ustalono, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 3 czerwca 2022 r. konsorcjum złożyło wyjaśnienia z dnia 9 czerwca 2022 r. Treść wyjaśnień wraz z dowodami została zastrzeżona przez konsorcjum jako tajemnica jego przedsiębiorstwa. (por. ww. wyjaśnienia, w aktach sprawy, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że 21 lipca 2022 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty konsorcjum jako najkorzystniejszej (por. plik: ww. zawiadomienie, w aktach sprawy, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono, że na zlecenie zamawiającego w dniu 17 czerwca 2022 r. M. C. – rzeczoznawca Polskiej Izby Ochrony - sporządził opinię w sprawie oferty złożonej przez konsorcjum. Przedmiotem opinii było:

- 1) zbadanie czy zaoferowana przez Konsorcjum cena za jedną roboczogodzinę w wysokości 25,28 zł netto (koszty płacowe 25,23 zł, zysk 0,05 zł) jest ceną rażąco niską;
- 2) zbadanie czy przy zastosowaniu powyższej stawki możliwe jest wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i

wynikającymi z odrębnych przepisów, w tym zgodnie z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego;

3) *określenie stawki za jedną roboczogodzinę poniżej której nie można wykonywać usługi objętej przedmiotem zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia obowiązującymi przepisami.*

(por. opinia w aktach sprawy, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono, że na zlecenie zamawiającego w dniu 8 lipca 2022 r. pan M. C. – rzeczoznawca Polskiej Izby Ochrony - sporządził opinię uzupełniającą w sprawie oferty złożonej przez konsorcjum. Przedmiotem opinii uzupełniającej były kwestie:

1. kosztów szkoleń pracowników ochrony,
2. minimalnej ceny usługi obiektów jednostek miejskich gminy Grudziądz.

(por. opinia uzupełniająca w aktach sprawy, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Co do zarzutów nr 3b, 3c, 4, 5 Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał konsorcjum Dogmat do złożenia wyjaśnień co do wyliczenia ceny. Realizując normę wynikającą z ww. przepisu zamawiający skierował do konsorcjum Dogmat wezwanie do złożenia wyjaśnień w piśmie z dnia 19 maja 2022 r. W wezwaniu tym zamawiający nałożył na konsorcjum Dogmat obowiązek wyjaśnienia sposobu skalkulowania ceny 1 rbg, w tym kosztów osobowych, kalkulacji usług monitoringu w tym kompletnego i całkowitego przeniesienia obsługi dotychczasowego systemu/instalacji alarmowego od poprzedniego wykonawcy.

Jak wynikało z treści art. 224 ust. 5 ustawy Pzp *obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy*. Polski ustawodawca przesądził w przywołanym przepisie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ustawy Pzp, ma obowiązek udowodnić zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Z przepisu tego wynika zatem domniemanie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zaoferował cenę rażąco niską. Wyjaśnienia i dowody na ich poparcie, składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie, muszą zaś obalić owo domniemanie. Nie ulegało również wątpliwości, że udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym. Jeżeli wykonawca ciężaru obalenia domniemanie rażąco niskiej ceny w postępowaniu przed

zamawiającym nie udźwignie, to jego oferta podlega odrzuceniu. Przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi bowiem, że *podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.*

Izba stwierdziła, że – jak słusznie zarzucił odwołujący w treści odwołania - wyjaśnienia konsorcjum Dogmat złożone zamawiającemu w dniu 24 maja 2022 r. nie obaliły domniemania zaoferowania przez konsorcjum rażąco niskiej ceny. Zgodzić należało się z odwołującym, że w wyjaśnieniach z dnia 24 maja 2022 r. konsorcjum Dogmat nie uwzględniło, względnie nie wyjaśniło wysokości, szeregu wskazanych przez odwołującego kosztów:

- a) kosztów związanych z zapewnieniem odzieży roboczej dla pracowników,
- b) kosztów administracyjnych (zadeklarowano, tylko że jakieś koszty istnieją),
- c) kosztów związanych z transportem pracowników i ich zakwaterowaniem w mieście realizacji zamówienia (z uwagi na fakt, że Konsorcjum posiadało siedziby, przedstawicielstwa, czy też oddziału na terenie Grudziądza, a przynajmniej tak nie twierdziło),
- d) kosztów z tytułu uczestnictwa pracowników w Pracowniczych Planach Kapitałowych,
- e) ekwiwalentu BHP;
- f) świadczenia chorobowego pracowników,
- g) kosztów związanych ze szkoleniami, uprawnieniami, ale także okresowymi badaniami lekarskimi pracowników,
- h) kosztów eksploatacyjnych dotyczących pojazdów służących do realizacji zamówienia,
- i) kosztów łączności,
- j) kosztów przeniesienia obsługi dotychczasowego systemu/instalacji alarmowego od poprzedniego wykonawcy.

Zdaniem Izby, taki sposób przedstawienia wyjaśnień, na jaki konsorcjum zdecydowało się w piśmie z 24 maja 2022 r., nie pozwalał zamawiającemu w żaden sposób na dokonanie analizy prawidłowości ceny ofertowej, w odniesieniu choćby do ww. brakujących elementów kosztotwórczych. Wyjaśnienia zaś w tej części, w jakiej je w ogóle złożono, okazały się ogólne i lakoniczne. Ponadto nie zostały poparte ani jednym dowodem. Wreszcie, w zakresie jak wyżej, wyjaśnienia wykonawcy, w znaczącej części elementów, nawet nie zawierały deklaracji uwzględnienia kosztów wskazanych przez odwołującego.

Przypomnienia wymagało, że celem procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 224 ustawy Pzp, jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Co do większości z ww. kosztów

wykonawca w ogóle nawet nie oświadczył, że je uwzględnił. Co do niektórych zaś kosztów , np. kosztów administracyjnych, czy kosztów wpięcia systemów alarmowych konsorcjum oświadczyło jedynie, że nie musiało ich uwzględniać, gdyż zostały odpowiednio już poniesione lub element będzie wykonany siłami własnymi. Na poparcie swych twierdzeń konsorcjum nie przedstawiło jednak żadnego dowodu, choć obowiązek w tym zakresie spoczywał na wykonawcy zgodnie z art. 224 Pzp.

Powyższe oznaczało, że już 24 maja 2022 r. zaktualizował się po stronie zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty konsorcjum Dogmat z powodu braku obalenia domniemania rażąco niskiej ceny. Zdaniem Izby zamawiający nie miał prawa skierować do konsorcjum kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, co miało miejsce w piśmie z 3 czerwca 2022 r. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby i sądów okręgowych sprawujących nadzór instancyjny na orzeczeniami Izby, zamawiający ma prawo skierować do wykonawcy kolejne wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ale jedynie w sytuacji, gdy lektura pierwszych złożonych wyjaśnień wymaga doszczegółowienia. Za całkowicie niedopuszczalne należy uznać kolejne wezwanie polegające de facto na konieczności poproszenia wykonawcy po raz kolejny o to samo, to jest o przedstawienie brakujących elementów kalkulacji, które mogły i powinny być złożone już w pierwszych wyjaśnieniach.

W analizowanej sprawie, pomimo iż wykonawca miał obowiązek złożenia szczegółowych, konkretnych i wyczerpujących wyliczeń już w reakcji na pierwsze wezwanie, zamawiający po raz kolejny zmuszony został w dniu 3 czerwca 2022 r. do wezwania konsorcjum Dogmat m.in. do przedstawienia odnośnie:

- 1) statystyki absencji wynikającej z innych przyczyn niż urlopy, np. chorobowe;
- 2) kosztów zabezpieczeń socjalnych i bhp, w tym posiłków, napojów oraz indywidualnej odzieży roboczej i wyposażenia stanowiskowego;
- 3) informacji czy tworzony jest ZFŚS i w jakiej wysokości na jednego zatrudnionego na pełen etat;
- 4) szkoleń: obowiązkowych i dobrowolnych finansowanych przez pracodawcę i ich kosztów;
- 5) kosztów kierowniczych (nadzoru nad pracownikami);
- 6) kosztów obsługi administracyjnej (kadr, płac, księgowości itp.);
- 7) czy jest płacony PFRON, jeżeli tak to w jakiej wysokości na jednego zatrudnionego na umowę o pracę;
- 8) inne kosztów, jeżeli występują.

Treść drugiego wezwania do wyjaśnienia ceny świadczyła o tym, że takich kluczowych elementów analizy i kalkulacji w ogóle zabrakło w pierwszych wyjaśnieniach. Tym samym należało dojść do wniosku, że drugie wezwanie zamawiającego z 3 czerwca 2022 r. nie zmierzało do uściślenia już złożonych, pozytywnych wyjaśnień co do ceny, ale stanowiło ponowione wezwanie do ich przedstawienia. W tej sytuacji za całkowicie niezgodne z prawem należało uznać dokonywanie przez zamawiającego oceny realności ceny ofertowej konsorcjum Dogmat z wykorzystaniem drugich wyjaśnień wykonawcy z 9 czerwca 2022 r.

Z ostrożności procesowej podkreślenia wymagało, że nawet w treści drugich wyjaśnień z dnia 9 czerwca 2022 r. w dalszym ciągu brakowało odniesienia do takich kosztów jak choćby:

- a) koszty transportu pracowników do miejsca realizacji zamówienia lub zakwaterowania w okolicach miejsca realizacji zamówienia (wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób, skoro nie posiada siedziby ani oddziałów w miejscu realizacji zamówienia zamierza zapewnić dojazd lub nocleg pracowników celem wykonania zamówienia),
- b) koszty z tytułu uczestnictwa pracowników w PPK (w dalszym ciągu nie wiadomo było ilu pracowników skierowanych do realizacji zamówienia uczestniczy w PPK i jaki to stanowi koszt dla wykonawcy),
- c) koszty badań lekarskich pracowników.

Zdaniem Izby, za sprzeczne z przepisami art. 224 ust. 5 i art. 224 ust. 6 Pzp, w sytuacji gdy pierwsze wyjaśnienia nie obaliły domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny, należało uznać próbę uzupełnienia brakujących wyjaśnień poprzez wystąpienie przez zamawiającego do biegłego powołanego przez zamawiającego w toku postępowania.

Ponownie przypomnienia wymagało, że ciężar obalenia domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny spoczywał na wykonawcy, a nie na biegłym, zaś skutkiem niezłożenia wyjaśnień powinna być konieczność odrzucenia oferty. Za niedopuszczalne należało uznać próby uzupełnienia brakującego fragmentu wyjaśnień czy dowodów przez powołanego biegłego.

Zamawiający w trakcie rozprawy przyznał, że wystosowanie przez niego drugiego wezwania do wyjaśnień ceny do konsorcjum Dogmat podyktowane było prośbą biegłego. Biegły miał sygnalizować wątpliwości po lekturze pierwszych wyjaśnień i potrzebował dodatkowych informacji, o które zamawiający poprosił w drugim wezwaniu. Na powyższy mechanizm wskazywała treść drugiego wezwania. Zamawiający w treści wezwania nie nawiązywał do konieczności doszczegółowienia jakichś fragmentów już udzielonych

wyjaśnień, lecz ewidentnie zmierzał do uzupełnienia wyjaśnień i dowodów w ogóle nie złożonych w niektórych obszarach.

Ponadto Izba stwierdziła, że nawet w opinii biegłego, choć zawierała kategoryczne wnioski, jakoby zaoferowana stawka za 1 rbg była realna, pojawiały się nieostre sformułowania. W opiniach swych biegły wprost kilkakrotnie formułował swe wątpliwości co do zaoferowanej ceny, a nawet co do możliwości wykonania zamówienia za tę cenę. Biegły wskazywał również na konieczność wnikliwego monitorowania sposobu wykonania zamówienia przez konsorcjum Dogmat, jeśli to temu wykonawcy zostałyby udzielone zamówienie. Co więcej, biegły w sporządzonych przez siebie opiniach sam wskazywał na brakujące elementy wyceny (np. koszty badań). Skoro wątpliwości, braki były wytykane przez samego biegłego to należało dojść do wniosku, że wyjaśnienia konsorcjum Dogmat nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny. Zatem również wnikliwa ocena całości sporządzonych opinii, a nie tylko ich wniosków, powinna prowadzić zamawiającego do wniosku o konieczności odrzucenia oferty konsorcjum Dogmat.

Biorąc powyższe pod uwagę należało uznać, że zarzuty nr 3b, 3c, 4, 5 zasługują na uwzględnienie.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1, 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2 sentencji) i formalnym (pkt 1, 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia ustawy Pzp miały wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę podlegającą odrzuceniu.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:*

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Na ww. podstawie Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w sposób opisany w pkt 2 sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* J. J., *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: D. W., J. J., S. M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, Izba uwzględniła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: