

WYROK
z dnia 17 czerwca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2022 r. przez wykonawcę Agencja Ochrony MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Bielsku-Białej

przy udziale wykonawcy Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 28 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut nr 7 odwołania);
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego Agencję Ochrony MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 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

Zamawiający Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Bielsku-Białej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi pn. „Świadczenie usługi ochrony osób i mienia w obiektach Oddziału ZUS w Bielsku-Białej i Inspektoratach w Cieszynie i Żywcu” (nr ref. 020000.271.1.2022ZAP1). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 kwietnia 2022 r. pod numerem 2022/S 067-177428. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 26 maja 2022 r. wykonawca Agencja Ochrony MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ww. postępowaniu, zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „Przystępujący”) oraz zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez ww. wykonawcę. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego,
2. art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez uznanie, że złożone przez oferenta wyjaśnienia dotyczące wyliczenia zaoferowanej ceny i kosztów wykonania usługi nie stanowią rażąco zaniżonej ceny, pomimo oczywistej dysproporcji wskazywanej przez innych oferentów, w tym Odwołującego, rażącej dysproporcji pomiędzy rynkową wartością usługi, a ceną zaoferowaną przez wyżej wymienionego,
3. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia,
4. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z tego powodu, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
5. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę,
6. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej,
7. art. 28 ustawy Pzp poprzez niedochowanie należytej staranności wymaganej od Zamawiającego i tym samym błędne oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, poprzez brak uwzględnienia obowiązujących cen i aktualnych realiów panujących na

rynku polskim, brak możliwości skorzystania z dotacji lub dofinansowania ze środków publicznych w ramach zatrudnienia osób legitymujących się orzeczeniem o niepełnosprawności oraz faktycznych kosztów zatrudnienia wszystkich pracowników na podstawie umowy o pracę, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający oszacował wartość zamówienia na poziomie nierealnym do wykonania w ramach aktualnych warunków rynkowych, a tym samym uniemożliwiającym oferentom złożenia ofert w granicach wskazanych przez Zamawiającego,

8. art. 74 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 204 oraz art. 226 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty, której weryfikacja pod kątem spełniania wymagań jest niemożliwa,
9. art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z art. 73 ust. 1 oraz art. 18 ustawy Pzp poprzez nieprzekazanie Odwołującemu, na wniosek, kompletu oświadczeń i dokumentów o przekazanie, których wnioskował Odwołujący.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny Przystępującego, odrzucenia oferty Przystępującego w związku z faktem, iż jej cena jest rażąco niska oraz nakazanie Zamawiającemu ponownego, poprawnego dokonania oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych. Odwołujący wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał w szczególności, iż zastrzeżenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez Przystępującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest bezprawne. Zdaniem Odwołującego w wyjaśnieniach nie zostały wykazane okoliczności uzasadniające utajnienie, a informacje zawarte w tych wyjaśnieniach nie są kwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał, iż zaniechanie odtajnienia wyjaśnień przez Zamawiającego narusza podstawowe zasady prawa zamówień publicznych i uniemożliwia pozostałym uczestnikom postępowania weryfikację tych wyjaśnień. Odwołujący powołał się na art. 11 u.z.n.k., wskazując, że Przystępujący nie wykazał, że dokonane utajnienie jest zasadne i uzasadnione stanem faktycznym i prawnym.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu także naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 oraz art. 16 ustawy Pzp, jak i art. 239 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wskazując, że Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania oferty Przystępującego i dokonał wyboru oferty pozornie najkorzystniejszej. Odwołujący powołał się na stanowisko doktryny oraz orzecznictwo dotyczące zagadnienia rażąco niskiej ceny. Podniósł, iż proponowane przez Przystępującego warunki cenowe w znaczący sposób odbiegają od przyjętych reguł rynkowych oraz poddają w wątpliwość opłacalność złożonej oferty. W jego ocenie cena oferty Przystępującego całkowicie nie odpowiada istniejącym uwarunkowaniom rynkowym związanym z sektorem usług ochrony mienia i osób. Odwołujący stwierdził, iż cena zaoferowana przez wykonawcę jest rażąco niska i nie umożliwia wykonania zamówienia

zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz wymaganiami Zamawiającego. Wskazał, iż potwierdzeniem powyższego będą przedstawione na rozprawie szczegółowe kalkulacje rażąco niskiej ceny oferty na usługi ochrony przygotowane z wykorzystaniem dedykowanego kalkulatora opracowanego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych. Kalkulacja ceny oferty, która zostanie złożona w dniu rozprawy, zakłada najmniej kosztotwórcze warianty kadrowe, tj. przypadek, kiedy praca świadczona będzie wyłącznie przez osoby, które ze względu na osiągnięty wiek są zwolnione z obowiązku uiszczania składek na FP i FGŚP oraz otrzymywały będą wyłącznie minimalne wynagrodzenie za pracę. Potwierdza ona, iż zarówno cena oszacowana przez Zamawiającego jak i cena zaoferowana przez wykonawcę Impel wynosząca 2 726 119,50 zł brutto nie pozwolą nawet na pokrycie kosztów pracy pracowników niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, które zgodnie z kalkulatorem opracowanym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych do celu obliczenia rażąco niskiej ceny w zamówieniach na usługi społeczne wynoszą 2 829 037,10 zł z podatkiem VAT (cena netto z opracowanego kalkulatora wynosi bowiem 2 178 358,57 zł), przy uwzględnieniu zysku na poziomie 0,01 zł miesięcznie, pomijając wszelkie dodatkowe koszty związane z realizacją zamówienia takie jak koszty nadzoru, umundurowania, wyposażenia, działań grup interwencyjnych, usług konwojowania, kosztów szkoleń oraz nadzoru nad realizacją usługi. Odwołujący wskazał, iż w przedstawionym kalkulatorze ograniczono koszty wyłącznie do kosztów wynikających bezpośrednio z kosztów zatrudnienia, tj. płacy minimalnej plus dodatek za godziny nocne i koszty zastępstwa pracowników przebywających na urlopie, kalkulacja nie zawiera kosztów z tytułu wyposażenia osobistego, kosztów materiałowych, sprzętowych (umundurowanie, pojazdy), a ponadto składka wypadkowa została przyjęta na najniższym możliwym poziomie, założono, iż wszyscy pracownicy mają odpowiednio mężczyźni powyżej 60 lat, kobiety powyżej 55 lat (nie uwzględniono także kosztów PPK) oraz założono kwotę zysku w ujęciu miesięcznym 0,01 zł. Odwołujący wskazał także na orzecznictwo Izby.

Odwołujący podniósł ponadto, że Zamawiający naruszył art. 74 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 204 oraz art. 226 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty, której weryfikacja pod kątem spełniania wymagań jest niemożliwa oraz art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z art. 73 ust. 1 oraz art. 18 ustawy Pzp poprzez nieprzekazanie Odwołującemu, na wniosek, kompletu oświadczeń i dokumentów o przekazanie, których wnioskował Odwołujący. Odwołujący powołując się na orzecznictwo wskazał, iż Przystępujący bezzasadnie utajnił całość przedstawionego kosztorysu, pozostawiając jedynie ogólne wyjaśnienia, które bez zapoznania ze stanem cenowym/liczbowym nie są w żaden sposób weryfikowalne. Zamawiający bezrefleksyjnie przystał na argumentację Przystępującego. Całość skutkowało tym, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia cenowe są całościowo nieweryfikowalne. Zdaniem

Odwołującego zrozumiałym byłoby, gdyby tajemnicy uległa jedna/dwie pozycje, po rozsądnym i oczywistym uzasadnieniu. Natomiast z przedłożonego dokumentu, który miał wyjaśniać cenę oferty, nie sposób zrewidować żadnej kwoty. W ocenie Odwołującego taki stan rzeczy definiuje naruszenie dyspozycji art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz art. 74 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 204 oraz art. 226 ustawy Pzp. Dodatkowo pomimo złożenia przez Odwołującego wniosku o udostępnienie informacji, do dnia złożenia niniejszego pisma, Odwołujący nie uzyskał pełnych danych, o których pozyskanie wnioskował. Cały aspekt wskazanej sytuacji powoduje, iż nie sposób jest zweryfikować szczegółowo oferty Przystępującego. Odwołujący przedstawił także argumentację dotyczącą nieprawidłowego oszacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego. Dalej wskazał, iż kalkulacja oferty na poziomie zaoferowanym przez Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. Jego zdaniem deklaracja Przystępującego w zakresie realizacji niniejszego zamówienia za powyższą cenę grozi Zamawiającemu nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. Wybór przez Zamawiającego oferty Przystępującego świadczy o naruszeniu obowiązujących reguł i mechanizmów oraz zasad, które Zamawiający sam ustalił. Przyczyną wyraźnie niższej ceny może być albo świadome działanie wykonawcy, albo nierzetelność kalkulacji, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. Cena zaproponowana przez Impel ma charakter rażąco niski. Cena ofertowa jest niewiarygodna i nierealistyczna w porównaniu do pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, cen rynkowych podobnych zamówień, jak również kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący podkreślił, że wykonawca w składanych wyjaśnieniach powinien podać dostępne mu indywidualne okoliczności i powody, które umożliwiły skalkulowanie tak niskiej ceny.

Zamawiający w dniu 1 czerwca 2022 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 28 ustawy

Pzp (zarzut nr 7 odwołania), który został przez Odwołującego wycofany na posiedzeniu, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 sentencji wyroku.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w tym odrzucenia oferty Przystępującego, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami, oferty wykonawców, wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w odpowiedzi na ww. wezwanie wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia treści wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informację o wyniku postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi ochrony osób i mienia w obiektach Oddziału ZUS w Bielsku-Białej i Inspektoratach w Cieszynie i Żywcu. 2.1.2.1. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załączniku nr 1 do Załącznika nr 2 do SWZ (Projektowane postanowienia umowy). Wartość szacunkową zamówienia określono na kwotę 3 473 639,88 zł.

W postępowaniu wpłynęło sześć ofert: oferta nr 1 z ceną 3 082 740,93 zł brutto, oferta nr 2 z ceną 3 647 591,98 zł brutto, oferta nr 3 z ceną 2 900 840,07 zł brutto, oferta nr 4 z ceną 3 177 281,51 zł brutto, oferta nr 5 (Odwołujący) z ceną 2 829 037,10 zł brutto, oferta nr 6 (Przystępujący) z ceną 2 726 119,50 zł brutto.

Zamawiający w toku badania i oceny ofert wezwał trzech wykonawców, w tym Odwołującego i Przystępującego, do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. W wezwaniu skierowanym do Przystępującego Zamawiający wskazał, iż w związku z zaferowaną ceną pojawiły się wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Cena, którą Przystępujący zaferował jest niższa od wartości zamówienia brutto o 36,19% co wskazuje na rażąco niską cenę. Przewidywana kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wynosi 4.272.577,05 zł brutto, wartość oferty wynosi 2.726.119,50 zł co stanowi 63,81%. Zamawiający poprosił o wypełnienie tabeli dołączonej do pisma, poprzez podanie kwot dotyczących poszczególnych elementów cenotwórczych, odnosząc się do kwot

podanych w ofercie. Wyjaśnienia, o których mowa powyżej muszą dotyczyć w szczególności: 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 o pracę (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. W związku z powyższym wykonawca zobowiązany jest przedłożyć jednoznaczne wyjaśnienia, w tym załączyć dowody, które wskazują na to, że: zaoferowana przez niego cena jest skalkulowana prawidłowo, z uwzględnieniem wszystkich wymogów dotyczących realizacji przedmiotu zamówienia i zapewnia wykonanie całego zakresu zamówienia z należytą starannością i z uwzględnieniem aktualnych regulacji prawnych; zaproponowana cena nie jest ceną zaniżoną i niewiarygodną.

W odpowiedzi na powyższe Przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z dowodami, których fragmenty zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa (z tego względu treść wyjaśnień nie została w tym miejscu przywołania). Uzasadniając objęcie wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa Przystępujący wskazał, iż w zastrzeżonych wyjaśnieniach znajdują się informacje gospodarcze i organizacyjne, których ujawnienie zagraża naszym interesom, gdyż daje możliwość ich wykorzystania w celu zachwiania naszej pozycji rynkowej, co zdecydowało o podjęciu działań, zmierzających do zachowania ich poufnego charakteru. Zastrzeżone informacje i dokumenty tworzą całość kalkulacji ceny ofertowej. Tym samym stanowią one dane gospodarcze i organizacyjne, dotyczące sposobu i metod działalności. Informacje te są danymi handlowymi na temat elementów ceny i sposobu jej budowania a także sposobu budowania strategii cenowej oferty. Informacje te oraz dokumenty, jako całość, decydują o przewadze rynkowej nad pozostałymi uczestnikami rynku. Kompilacja wspomnianych informacji i dokumentów pozwala uzyskać dane o systemowym i kompletnym modelu usługi, który to model wpływa bezpośrednio na sposób kalkulowania przez nas ceny ofertowej. Model ten, zobrazowany za pomocą zbioru informacji (kalkulacji oraz innych dokumentów), posiada wartość gospodarczą, ponieważ daje istotną przewagę, pozwalającą na szczególnie korzystne wyliczenie kosztów wykonania usługi. Model ten oparty jest na odpowiednim doborze dostępnych Wykonawcy własnych środków realizacji zamówienia i siatki współpracujących kooperantów, oferujących korzystne warunki świadczenia usługi. Proporcja pomiędzy ww. czynnikami kalkulacji ma decydujące znaczenie dla naszej pozycji rynkowej. Proporcja ta może zostać odczytana przede wszystkim w warstwie ekonomicznej i rachunkowej w wyniku udostępnienia jej podmiotom profesjonalnie działającym na rynku

(konkurencja). Wykwalifikowani przedstawiciele firm konkurencyjnych – w przypadku dotarcia do zastrzeżonych informacji - uzyskają wiedzę o przyjmowanych przez nas założeniach ekonomicznych i organizacyjnych oraz o sposobie funkcjonowania naszego przedsiębiorstwa, a pozyskanie takich danych przez konkurencję, narazi nas na szkodę i zagrozi naszemu interesowi w postaci utrzymania i zachowania posiadanej pozycji rynkowej. Przystępujący zaznaczył również, że, zgodnie z aktualną ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, za tajemnice uznaje się informacje, które, jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze elementów, nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, albo nie są dla nich łatwo dostępne. Tym samym, ww. zastrzeżenie jest zasadne zarówno ze względów funkcjonalnych, jak i celowościowych, a nadto jest zgodne z wymogami obowiązującej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zastrzeżone informacje dają wiedzę, co do sposobu kalkulowania cen, jaką posługujemy się, jako przedsiębiorca, zaś sposób kalkulacji cen wpływa bezpośrednio na renomę przedsiębiorstwa oraz jego pozycję rynkową i konkurencyjność, więc tym samym stanowi wartość gospodarczą. Reasumując - utajnienie jest uzasadnione interesem Przystępującego oraz zgodne z przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i ustawy Prawo zamówień publicznych. Przystępujący oświadczył ponadto, że:

- 1) w zakresie dotyczącym braku ujawnienia do wiadomości publicznej - zastrzeżone informacje zostały wytworzone indywidualnie dla potrzeb przedmiotowego zamówienia i nigdy nie były i nie są ujawniane do wiadomości publicznej oraz nie jest i nie było naszą wolą ujawnianie ich na zewnątrz. Informacje te i dokumenty, a w szczególności ich kompilacja, nie są dostępne dozwoloną i zwykłą drogą, a dostęp do nich mają jedynie podmioty, których te informacje dotyczą. Informacje te nie są udostępniane w jakichkolwiek dostępnych publicznie materiałach, a system informatyczny, w którym są przechowywane, został zabezpieczony, zaś fakt ochrony został zakomunikowany osobom biorącym udział w sporządzaniu oferty i kalkulacji. Z ostrożności wskazano również, że w orzecznictwie sądów okręgowych (np. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 31 sierpnia 2012 r., sygn. akt. Ca 3061/11) oraz Sądu Najwyższego (np. wyrok z 22 lutego 2007 r., sygn. akt V CSK 444/2006) potwierdza się, że nawet w sytuacji, gdy informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia są jawne, nie decyduje to o odebraniu przymiotu poufności całemu zespołowi wiadomości o produkcie. W związku z powyższym ochronie prawnej podlegać może zbiór danych jako całość, nawet jeżeli pewne elementy tego zbioru są podane do wiadomości publicznej. Przystępujący oświadczył, że kompilacja ww. zastrzeżonych informacji i dokumentów nie została przez niego nigdy udostępniona dla podmiotu innego, niż Zamawiający;
- 2) w zakresie dotyczącym podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności dotyczących zastrzeżonych informacji - podjęliśmy systemowe rozwiązania,

zabezpieczające informacje i dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa przed ich ujawnieniem, polegające m.in. na: a) odpowiedniej organizacji pracy zespołów projektowych; b) zawieraniu z pracownikami i osobami współpracującymi umów o zakazie konkurencji i zachowaniu poufności; c) ograniczeniu liczby osób mających dostęp do danych technicznych i technologicznych; d) wprowadzeniu systemu monitorowania pracy komputerów; e) zabezpieczeniu nośników informacji utajnionych; f) wdrożeniu wewnętrznych regulacji określających zasady bezpieczeństwa informacji; g) zaniechaniu publikacji danych dotyczących nowych produktów w pismach branżowych ewentualnie ograniczeniu ich treści; h) zawieraniu umów o zachowaniu poufności z kontrahentami, które obejmują również jego pracowników i osoby z nim współpracujące.

Przystępujący podkreślił, że funkcjonuje u niego wdrożony i certyfikowany system zarządzania bezpieczeństwem informacji w oparciu o wymagania normy ISO 27001. Dla spełnienia wymagań normy opracowano stosowne polityki bezpieczeństwa informacji obejmujące najważniejsze aspekty normy (Zarządzanie Aktywami Informacyjnymi, Prowadzenie Analiz ryzyka, Bezpieczeństwo Systemów i Sieci, Bezpieczeństwo Informacji dla Użytkowników, Bezpieczeństwo Fizyczne, Polityka czystego biurka i ekranu, Zarządzania incydentami). Opracowano również - zgodnie z wymaganiami załącznika normatywnego A do normy ISO 27001 – deklarację stosowania zabezpieczeń, która w formalny sposób wskazuje, jakie zabezpieczenia organizacyjne, prawne, teleinformatyczne wdrożyła spółka, by zapewnić zgodność z wymaganiami normy. Ponadto, w ramach współpracy z dostawcami, wykonawca współpracuje ze spółką SI-Consulting Sp. z o. o. - dostawcą rozwiązań teleinformatycznych. Wykonawca prowadzi niezależne audyty dostarczanych systemów teleinformatycznych, potwierdzające stosowanie odpowiednich zabezpieczeń dostarczanych rozwiązań. Na dowód powyższego, w załączeniu przedstawiono: 1) wyciąg z Polityki bezpieczeństwa; 2) wzór oświadczenia o zachowaniu poufności, stosowany wobec osoby tworzącej zespół ofertujący; 3) wzór umowy o zakazie konkurencji po ustaniu stosunku pracy oraz o zachowaniu poufności; 4) wzór umowy o zakazie konkurencji i zachowaniu poufności, stosowanej z kontrahentami. Z uwagi na powyższe wyczerpane zostały przesłanki uzasadniające zastrzeżenie, gdyż wykazano istnienie wszystkich trzech elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 11 pkt. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019r, poz. 1010 z późn. zm.). Przystępujący wskazał także na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający w dniu 16 maja 2022 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba poddała rozpoznaniu zarzut nr 1 odwołania, tj. zarzut naruszenia art 18 ust. 1-3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego oraz powiązany z nim zarzut nr 9 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z art. 73 ust. 1 oraz art. 18 ustawy Pzp poprzez nieprzekazanie Odwołującemu kompletu oświadczeń i dokumentów o przekazanie, których wnioskował Odwołujący, jako że zarzuty te warunkowały rozpoznanie pozostałych zarzutów, które na posiedzeniu Odwołujący zdefiniował jako ewentualne, podniesione z ostrożności na wypadek utrzymania przez Izbę zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych przez Przystępującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z art.18 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Ust. 2 tego przepisu wskazuje, iż zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie zaś z ust. 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. Art. 73 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania z wykonawcami, zawiadomienia, wnioski, dowód przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu postępowania. Art. 74 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje zaś, że protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. Zgodnie z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że: 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie, 2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków - przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

Zarzuty naruszenia ww. przepisów Izba uznała za niewykazane. Przynajmniej Izba miała na uwadze okoliczność, iż Odwołującemu udostępniona została treść

uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartego przez Przystępującego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny oraz część tych wyjaśnień. Tymczasem wskazana w odwołaniu argumentacja w ogóle nie odnosi się do treści uzasadnienia przedstawionego przez Przystępującego. Odwołujący w żadnym miejscu odwołania nie referuje do tego uzasadnienia, poprzestając na lakonicznej tezie, że Przystępujący nie wykazał, iż utajnienie jest uzasadnione stanem faktycznym i prawnym. Całość argumentacji Odwołującego sprowadza się do hasłowych, niczym nie popartych twierdzeń o znacznym stopniu ogólności, nie odnoszących się w sposób konkretny do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie tylko nie odniósł się do stanowiska Przystępującego, ale nie pokusił się nawet o wyjaśnienie, dlaczego w jego ocenie informacje dotyczące kalkulacji ceny ofertowej nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy. Odwołujący dopiero na rozprawie podjął próbę polemiki z treścią uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionego przez Przystępującego, co uznać należy jednak za działanie spóźnione, wykraczające poza podstawy faktyczne zarzutów wskazane w odwołaniu. Odwołujący w chwili wnoszenia odwołania dysponował uzasadnieniem zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa i brak było przeszkód do przedstawienia argumentacji kwestionującej dokonane zastrzeżenie już w odwołaniu. Samo twierdzenie, że Odwołujący został pozbawiony możliwości weryfikacji czy Przystępujący prawidłowo oszacował koszty pracy, czy uwzględnił wszystkie należności publiczno-prawne i zmiany przepisów podatkowych, a także jaki poziom dofinansowania uwzględnił, nie stanowi wykazania bezzasadności dokonanego przez Przystępującego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Powyższe przesądza o bezzasadności omawianych zarzutów. Zadaniem Odwołującego, który z zaniechania udostępnienia mu przez Zamawiającego wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego wywodził skutek prawny w postaci naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, było przedstawienie twierdzeń, popartych w granicach celu dowodami, które wykazywałyby, że przedstawione przez Przystępującego uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie potwierdza spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. To na Odwołującym w tym zakresie spoczywał ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym, zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 534 ust. 1 ustawy Pzp i to Odwołującego obciążają negatywne konsekwencje zaniechania podjęcia stosownej inicjatywy dowodowej.

Wobec oddalenia ww. zarzutów, Izba poddała rozpoznaniu pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu, tj. zarzuty naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez uznanie, że złożone przez oferenta wyjaśnienia dotyczące wyliczenia zaoferowanej ceny i kosztów wykonania usługi nie stanowią rażąco zaniżonej ceny, pomimo oczywistej

dysproporcji wskazywanej przez innych oferentów, w tym Odwołującego, rażącej dysproporcji pomiędzy rynkową wartością usługi, a ceną zaoferowaną przez wyżej wymienionego (zarzut nr 2), art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia (zarzut nr 3), art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z tego powodu, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zarzut nr 4), art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę (zarzut nr 5), stwierdzając, że nie zasługują one na uwzględnienie. Mając na uwadze, iż ww. zarzuty oparte zostały na tożsamyh podstawach faktycznych Izba odniesie się do nich w sposób łączny,

Zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, 7) ostała złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp Jeżeli zaoferowana 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.

Rozpoznając wskazane zarzuty Izba miała na względzie, że Odwołujący nie znał pełnej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego wobec odmowy udostępniania ich fragmentów z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, co niewątpliwie utrudniało podniesienie w odwołaniu argumentacji referującej do treści tych wyjaśnień. Powyższa okoliczność nie zmienia jednak zasady, że postępowanie odwoławcze ma ściśle określone granice, wyznaczane przez podstawy faktyczne stawianych zarzutów. Szczególna zasada rozkładu ciężaru dowodu wyrażona w art. 537 ustawy Pzp nie zwalania Odwołującego z konieczności sformułowania zarzutów odwołania w sposób, który przekona Izbę o ich słuszności i da faktyczną możliwość ich weryfikacji w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia. Nie budzi bowiem wątpliwości Izby, że Odwołujący jako profesjonalista, sam ubiegający się o dane zamówienie, dysponujący szczegółową wiedzą w danej dziedzinie, znajomością postanowień SWZ, jak i informacjami o cenie zaoferowanej przez jego konkurenta, jest w stanie zaprezentować argumentację wskazującą jak należało skalkulować cenę oferty, z uwzględnieniem jakich elementów kształtujących cenę i w jakiej wysokości, aby było za nią możliwe zrealizowanie zamówienia.

Tymczasem w treści odwołania brak jest konstruktywnej argumentacji. Stanowisko Odwołującego (podobnie jak w przypadku zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa) ogranicza się de facto do przywołania orzecznictwa dotyczącego problematyki rażąco niskiej ceny i ogólnych, hasłowych twierdzeń, że oferta Przystępującego nie odpowiada istniejącym uwarunkowaniom rynkowym. Tego rodzaju argumentacja może zostać wykorzystana w zasadzie na potrzeby każdego postępowania, gdyż nie niesie za sobą żadnych konkretnych danych odnoszących się do prowadzonego postępowania na świadczenie usługi ochrony osób i mienia w obiektach Zamawiającego. Odwołujący ani nie omówił istniejących warunków rynkowych, ani nie przedstawił żadnych szczegółowych wyliczeń jak należało skalkulować cenę oferty w tym konkretnym postępowaniu. Jediną podaną przez Odwołującego informacją była obliczona przez niego wysokość kosztów pracowniczych (2 829 037,10 zł brutto), Odwołujący jednak nie wskazał, w jaki sposób kwotę tę wyliczył (w tym nie przedstawił wydruku z kalkulatora ZUS, na który w odwołaniu się powołał). Dodatkowo powyższe stanowisko Odwołującego nie było spójne z prezentowanym przez niego podczas rozprawy, na rozprawie Odwołujący wskazał bowiem inną wysokość kosztów pracy przy 19 etatach (3 049 334,65 zł brutto). Podobnie jedynie w sposób hasłowy Odwołujący wskazał na inne niż pracownicze koszty, jakie należało uwzględnić w cenie (nadzór, umundurowanie, grupy interwencyjne, etc.), nie przedstawiając żadnych danych wskazujących jakiego rzędu powinny to być koszty. Odwołujący nie złożył żadnych kalkulacji, symulacji wyliczeń czy dowodów, które mogłyby poprzeć jego twierdzenia o rażąco niskiej cenie oferty Przystępującego. Tym samym całe stanowisko Odwołującego uznać należy za gołosłowne.

Izba stwierdziła ponadto, że Odwołujący dysponował częścią wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego, jednak do udostępnionych mu fragmentów się w żaden sposób nie odniósł. W szczególności Odwołujący pominął okoliczność, iż ujawnione fragmenty wyjaśnień wskazywały na możliwość zatrudnienia osób niepełnosprawnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, a tym samym na możliwość uwzględnienia podczas kalkulacji ceny ofertowej korzystania przez wykonawców z dofinansowania z PFRON w sytuacji, gdy wykonawca zamierzał do realizacji zamówienia zatrudnić osoby niepełnosprawne. W udostępnionej Odwołującemu części wyjaśnień Przystępującego wskazano: „Okoliczność ta wpływa na koszt wykonania zamówienia, gdyż obniża koszt wynagrodzeń wraz z narzutami, który to koszt stanowi podstawowy składnik cenotwórczy usług prostych, do których zaliczana jest usługa, objęta przedmiotem zamówienia. Zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, zawartymi w SWZ, Wykonawca miał dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadającymi odpowiednie kwalifikacje tj. kwalifikowanymi pracownikami ochrony z co najmniej 6-cio miesięcznym stażem pracy,

zatrudnionymi na umowę o pracę. Dodatkowo Zamawiający zastrzegł, iż dopuszczalne jest powierzenie realizacji zamówienia wyłącznie pracownikom ochrony, posiadającym wiek i stan zdrowia (sprawność psychofizyczna), które zapewniają właściwą realizację zadania. Przy spełnieniu powyższego, dopuszcza się do pracy osoby o stopniu niepełnosprawności, posiadające dopuszczenie do realizacji zamówienia oraz status pracownika kwalifikowanego.” Odwołujący miał zatem świadomość możliwości obniżenia kosztów pracy z uwagi na zatrudnienie do realizacji zamówienia osób niepełnosprawnych, Odwołujący zresztą nie negował takiej możliwości, sam podczas rozprawy wskazał, że podawane przez niego wyliczenia nie uwzględniają dofinansowania z PFRON. Odwołujący nie twierdził jednak, że nawet korzystając z dofinansowania z PFRON Przystępujący nie mógł skalkulować ceny na zaoferowanym poziomie bez uszczerbku dla realizacji zamówienia czy strat własnych. Odwołujący nie przedstawił również żadnych wyliczeń uwzględniających korzystanie przez wykonawców z takiego dofinansowania.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała twierdzenia Odwołującego, jakoby oferta Przystępującego miała rażąco niską cenę, za nieudowodnione. W konsekwencji za bezzasadne Izba uznała także zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia oraz fakt, że złożenie tej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Ponadto Izba zważyła, że Odwołujący – poza argumentacją referującą *stricte* do kwestii ceny oferty – w żaden sposób ww. zarzutów nie uzasadnił. Nie zostało także ani uzasadnione, ani wykazane stanowisko Odwołującego, iż oferta Przystępującego nie jest możliwa do zweryfikowania pod kątem wymagań wynikających z SWZ. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie odrębnej argumentacji, a – jak już omówiono powyżej – realność ceny oferty Przystępującego nie została skutecznie podważona. Tym samym nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej. Izba nie stwierdziła nieprawidłowości w działaniu Zamawiającego polegającym na wyborze oferty Przystępującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: