

Sygn. akt: KIO 2673/18

WYROK
z dnia 17 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 14 stycznia 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2018 r. przez **wykonawcę Bilfinger Industrial Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawcy ERBUD INDUSTRY POMORZE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu:** unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018) – oferty wykonawcy ERBUD INDUSTRY POMORZE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ujawnienie złożonego przez ww. wykonawcę Katalogu operacji remontowych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 2. Pozostałe zarzuty odwołania uznać za niezasadne;**
- 3. Kosztami postępowania obciążyć zamawiającego PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie i**
 - 3.1. Zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Bilfinger Industrial Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

- 3.2. Zasądza od zamawiającego PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy Bilfinger Industrial Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Przeglądy, konserwacje i usługi utrzymania ruchu urządzeń i instalacji elektroenergetycznych w PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Wybrzeże w EC Gdańsk i EC Gdynia, nr postępowania 1001039500*. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 lipca 2018 r., za numerem 2018/S 138-316370. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018 zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 28 grudnia 2018 r. odwołanie wniósł wykonawca Bilfinger Industrial Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na:

1. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez ERBUD INDUSTRY Pomorze Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku - dalej Erbud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy pzp, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę,
2. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Erbud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, pomimo że oferta ta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji przez zaniżenie kosztów w jednej z części zamówienia przenosząc te koszty do innych części,
3. zaniechaniu odtajnienia części oferty złożonej przez Erbud, tj. naruszenie:
 - a) art. 8 ust. 1 ustawy pzp w związku z art. 96 ust. 3 ustawy przez zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. katalogu operacji remontowych,
 - b) art. 8 ust. 3 ustawy pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. 2018 r, poz. 419 ze zm., dalej uznk) przez zaniechanie ujawnienia wskazanych powyżej części oferty bazujące na uznaniu, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz wyjaśnienia złożone wraz z ofertą wystarczająco dokumentują, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Erbud, jak też, że podjęto wystarczające środki dla zachowania ich w poufności

a w konsekwencji

4. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej, która nie powinna być oceniana w kryteriach oceny ofert.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 19 grudnia 2018 r.;
- 2) odrzucenia oferty Erbud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy pzp;
- 3) odtajnienia katalogu czynności remontowych w ofercie Erbud;
- 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 5) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający wezwał do wyjaśnienia ceny oferty wykonawcę Erbud i wskazał przy tym, że istotne dla niego jest udzielenie wyjaśnień dotyczących „wyliczenia ceny i kosztu zatrudnienia” oraz załączenie dowodów potwierdzających wyjaśnienia. Odwołujący zaznaczył, że cena ofertowa była obliczana dla celów wyboru oferty najkorzystniejszej. Umowa zaś rozliczana jest zgodnie z faktycznie wykonanymi czynnościami wedle stawek określonych w ofercie. Tym samym dla określenia czy doszło do złożenia ceny nierealnej - czyli niewystarczającej na pokrycie kosztów wykonania Umowy niezbędne jest zbadanie części składowych ceny. Dlatego też Zamawiający zwracając się o wyjaśnienie wysokości ceny prosił o wskazanie podstaw i dowodów na wyliczenie ceny i kosztu zatrudnienia (znacząca część kosztu to koszt wykwalifikowanych pracowników wykonujących usługi w obiektach Zamawiającego). W odpowiedzi na wezwanie Erbud powołał się jedynie na zawartą kilka lat temu umowę utrzymaniową - stwierdzając, że stawki w ofercie są takie same jak w obecnie realizowanej umowie. Co istotne Erbud nie przedstawił żadnych informacji ani dowodów na potwierdzenie w jaki sposób cena była wyliczona, jakie czynności i w jaki sposób były wyceniane oraz jakie koszty zatrudnienia zostały przyjęte. Pismo w istocie nie zawiera żadnej informacji o składnikach cenotwórczych i sposobie ich wyliczenia, odwołuje się jedynie do istniejącej umowy, pomijając zupełnie treść wezwania. Przekazane wyjaśnienia są więc w ocenie Odwołującego, niewystarczające do stwierdzenia, że przyjęte ceny jednostkowe są adekwatne do zakresu prac udzielanych przez Zamawiającego. Odwołujący zauważył, że Zamawiający wymagał załączenia do oferty wycenionego Katalogu Operacji Remontowych, który w istocie określa ceny jednostkowe ryczałtowe, zgodnie z którymi odbywa się rozliczanie prac realizowanych w ramach zawartej Umowy (tak par 4.2.1 wzoru Umowy). Katalog ten zawiera 652 pozycje, w których opisano poszczególne czynności do wykonania. Każdy wykonawca

miał wycenić czynności wedle wiedzy i doświadczenia, z uwzględnieniem ich pracochłonności, zaangażowania personelu oraz cen rynkowych. Erbud powołał się zaś na zawartą z Zamawiającym w 2015 r. umowę na usługi utrzymania ruchu, przeglądów i konserwacji oraz załączył tabele cen jednostkowych obowiązujące po waloryzacji dla tej umowy. Tabele te obejmują jedynie ok. 230 pozycji (nie zaś 652 jak w prowadzonym postępowaniu), dodatkowo pozycje te nie odpowiadają opisom w Katalogu Operacji Remontowych obowiązującym w postępowaniu - nie są więc adekwatne dla prowadzonego postępowania. Takie informacje w istocie w żaden sposób nie potwierdzają, że dla wyceny prac objętych ofertą przyjęto realną pracochłonność, stawkę wynagrodzenia specjalisty oraz ceny rynkowe. W żaden też sposób nie można z nich wywieść, że możliwe jest wykonanie zamówienia za cenę wskazaną w ofercie - brak bowiem pełnego zakresu prac oraz wskazania jakichkolwiek czynników kształtujących ceny jednostkowe na odpowiednim poziomie. Ponadto w wyjaśnieniach brak jakiegokolwiek odniesienia do poziomu cen materiałów pomocniczych (które winny być wliczone w ceny ryczałtowe z Katalogu Operacji Remontowych), jak też poziomu wynagrodzenia osób. W 2018 r. nastąpił zaś znaczący wzrost poziomu wynagrodzeń, co związane jest brakiem pracowników na rynku (potwierdza to najniższa stopa bezrobocia w Polsce od 1990 r.).

Osobną kwestią jest wycena jednej z pozycji wymaganych przez Zamawiającego tj. kosztu dyżuru domowego pracowników. Dane z tabeli formularza 2.5. wykonawca podstawiał do wzoru na obliczenie ceny: $C_o = (0,30 \times ICNW) + (0,20 \times ICWS) + (0,35 \times 48 \times CD) + (0,15 \times 1000 \times ZCRB)$. Jak wynika ze wzoru każdemu składnikowi została nadana odpowiednia waga. Dla składnika cenowego koszt dyżuru pracowników za 1 miesiąc waga ta wynosiła aż 35%. Korzystając z takiego ukształtowania wzoru Erbud obniżył znacząco stawkę za dyżur domowy, który wedle niego dla 4 pracowników przez 1 miesiąc kosztuje 14,76 zł, i dzięki temu uzyskał znacząco mniejszą kwotę w całości ceny. O ile całkowita różnica pomiędzy cenami brutto wykonawców wynosi 86 064,09 zł, to aż 49 345, 63 zł wynosi różnica pomiędzy ofertami w pozycji koszt dyżuru pracowników. Gdyby nie ta rozbieżność w pozycji, to ceny ofert byłyby do siebie zbliżone, a różnica nie przekraczałaby 37 000 zł. W wyjaśnieniach z dnia 3 października 2018 r Erbud podnosi, że dyżur pracownika jest bezpłatny - nie generuje żadnych kosztów. Z takim stwierdzeniem nie można się zgodzić, gdyż przeczy ono powszechnie obowiązującym przepisom prawa, zapisom SIWZ, jak też doświadczeniu życiowemu. Analizując zapisy SIWZ należy podnieść, że specyfikacja techniczna (stanowiąca opis przedmiotu zamówienia) określa w pkt 1.1.15 organizacja dyżurów wykonawcy obowiązek zapewnienia dyżurów. Zgodnie z tymi postanowieniami wykonawca ma obowiązek zapewnienia dyspozycyjności 2 brygad w ilości po 2 pracowników. Jednocześnie z pkt 1.1.14 organizacja prac w trybie awaryjnym wynika, że wykonawca w przypadku stwierdzenia

i zgłoszenia przez Zamawiającego usterki zapewnia stawienie się pracowników w obiektach Zamawiającego w przeciągu 2 godzin od momentu powiadomienia. Ten krótki czas reakcji wymaga ograniczenia swobody pracowników pełniących dyżury. Nie jest nigdzie przesądzone, że dyżury te będą pełnione w domu - jeżeli pracownik nie ma miejsca zamieszkania odpowiednio blisko - tak aby w przeciągu 2 godzin dotrzeć do Elektrociepłowni Gdańsk lub Elektrociepłowni Gdynia, to dyżur będzie pełniony w miejscu wskazanym przez pracodawcę. A tylko w przypadku, gdy po pierwsze dyżur jest wykonywany w domu, po drugie w czasie dyżuru nie nastąpiła jakakolwiek potrzeba wykonania pracy, można uznać, że pracownikowi nie jest należne wynagrodzenie. Przyjęcie obu tych założeń jest nierealistyczne. Wnosząc ponownie z samych postanowień SIWZ - Zamawiający, który jest właścicielem i zarządza obiektem, na którym wykonywane są usługi przyznał wagę cenową aż 35% cenie za pełnienie dyżuru domowego. Gdyby możliwe było przyjęcie że dyżur pełniony jest bezpłatnie, to mamy do czynienia z błędem w ukształtowaniu postanowień SIWZ. Takie postanowienia byłby bowiem nieodpowiednie do zakresu prac zleczanych. W jakim celu miałyby być porównywane oferty cenowe za świadczenia, które są bezpłatne? Zamawiający jednakże nie popełnił błędu w SIWZ, gdyż na etapie jej sporządzania doskonale zdawał sobie sprawę, że dyżury są obciążeniem dla pracowników, a więc muszą rodzić koszty po stronie pracodawcy. Zamawiający nadając taką wagę cenie za świadczenie dyżuru był więc świadomy tego, że jest to świadczenie uciążliwe dla wykonawcy i rodzące po jego stronie koszty. Wychodząc od powszechnie obowiązujących przepisów prawa pracy należy zauważyć, że: 1) regulacje art. 151⁵ kodeksu pracy odnoszące się do dyżuru są umieszczone w jednostce odnoszącej się do pracy w godzinach nadliczbowych, 2) co do zasady za czas pełnienia dyżuru pracownikowi należy się rekompensata w postaci czasu wolnego od pracy lub w przypadku braku możliwości udzielenia czasu wolnego wynagrodzenie obliczane zgodnie z osobistym zaszeregowaniem pracownika (gdy nie określono stawki godzinowej lub miesięcznej - 60% wynagrodzenia pracownika), 3) w przypadku gdy dyżur pełniony jest w domu (przez co orzecznictwo rozumie miejsce zamieszkania pracownika, a nie jego miejsce tymczasowego pobytu) - pracownikowi nie przysługuje osobne wynagrodzenie za czas dyżuru, jednakże: a) po pierwsze przysługuje mu wynagrodzenie za czas pracy (jeżeli świadczy on pracę w czasie dyżuru), b) po drugie stosuje się w każdym przypadku przepisy o dobowym i tygodniowym odpoczynku (o którym mowa w art. 132 i 133 k.p.). Pracownikowi przysługuje w każdej dobie prawo do co najmniej 11 godzin nieprzerwanego odpoczynku, zaś w każdym tygodniu - prawo do co najmniej 35 godzin nieprzerwanego odpoczynku, obejmującego co najmniej 11 godzin nieprzerwanego odpoczynku dobowego. Jeżeli zatem - przykładowo - pracownik pracował danej doby przez 8 godzin, to z uwagi na jedenastogodzinny odpoczynek nie może dyżurować dłużej niż przez 5

godzin. Jak wynika z powyższego nie jest możliwe uznanie, że dyżur na drugiej i trzeciej zmianie oraz w dni świąteczne i wolne od pracy kosztuje wykonawcę dla 4 osób jedynie 12 złotych miesięcznie - czyli 3 zł na osobę miesięcznie. Taka stawka nie pokrywa w żadnym przypadku kosztów wykonawcy - nie sposób utrzymać za nią chociażby telefonów, w jakie muszą być wyposażeni pracownicy pozostający na dyżurze domowym czy też kosztów osoby, która planuje grafik dyżurów. Koszt dyżuru domowego powinien pokryć również koszty dojazdu pracowników w przypadku zgłoszenia usterki do obiektów Zamawiającego. Wykonawca obowiązany jest przestrzegać przepisów prawa pracy - jeżeli więc planuje wykorzystanie do dyżurów domowych osób, które już świadczyły pracę na pierwszej zmianie, to jest ograniczony w liczbie godzin dyżurów danej osoby ze względu na wspomniane powyżej prawo do wypoczynku. Nie jest możliwe więc zapewnienie w wystarczającym wymiarze dyżurów przy wykorzystaniu jedynie pracowników już świadczących pracę na obiekcie w ramach pierwszej zmiany. Niezbędne jest zatrudnienie dodatkowych osób (nawet w niepełnym wymiarze czasu pracy). Wszystkie te elementy składają się na konieczność uwzględnienia dodatkowego kosztu pełnienia dyżurów domowych. Tymczasem Erbud wprost przyznaje, że kosztów takich nie uwzględnił. Należy też podkreślić, że Erbud nie przedstawił żadnych dowodów na to, że jego pracownicy mogą wykonywać dyżury w domu. W tej więc istotnej części składowej ceny oferty (którą tak właśnie zdefiniował Zamawiający) przedstawiona cena jest nierealistyczna i nie wystarcza na pokrycie kosztu dyżuru domowego. Reasumując - zgodnie art. 90 ust 2 ustawy pzp w przypadku wszczęcia procedury wyjaśnień ceny rażąco niskiej, to na wezwanym wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W przypadku wezwania Erbud nie sposób uznać, że wykonawca ciężarowi dowodu sprostał. Nie przedstawił on bowiem wiarygodnych wyjaśnień i dowodów, że zaoferowane ceny odpowiadają kosztom wykonania prac objętych zamówieniem. Wręcz przeciwnie - lakoniczne wyjaśnienia potwierdzają, że część kosztów nie została uwzględniona w cenie ofertowej. Wykonawca nie podołał wyjaśnieniom dotyczącym wszystkich części składowych ceny, a w szczególności ceny za dyżur pracowników wykonawcy. Powołał się na wyrok KIO z dnia 31 maja 2017 r., sygn. akt KIO 1001/17.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy pzp Odwołujący podkreślił, że Erbud przyjmując, że nie ma kosztów w pozycji dotyczącej dyżurów pracowników musiał przenieść te koszty do innych pozycji. Cel takiego działania jest oczywisty - w ten sposób można obniżyć cenę całkowitą, korzystając z wzoru na obliczenie ceny ofertowej, który cenie dyżuru przypisywał udział w cenie całkowitej w wysokości aż 35%. W ten sposób wykonawca uzyskuje nieuczciwie przewagę nad konkurencją - gdyż wlicza koszty świadczenia usług w inne pozycje. Podobny zabieg został zastosowany przy wycenie pozycji nr 1 z Tabeli

(suma cen najczęściej wykonywanych operacji z Tabeli Katalog Operacji Remontowych), który również ma przez Zamawiającego przypisaną wagę 30% w stosunku do pozycji nr 2 czyli suma wszystkich cen z Tabeli KOR której Zamawiający przypisał niższą wagę tj. 20%. Złożenie oferty zawierającej cenę składową niepokrywającą wszystkich kosztów realizacji zamówienia oraz przerzucenie jej kosztu do innych składowych w celu uzyskania lepszego wyniku matematycznego ze względu na zastosowaną przez Zamawiającego formułę matematyczną należy zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podobnie zaniżenie cen w pozycji o wyższej wadze kosztem pozycji z niższą wagą (w sposób odbiegający od faktycznego kosztu czynności) ma na celu zaburzenie uczciwej konkurencji. Powołał się na wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2010 r., KIO/UZP 610/10, wyrok SA w Warszawie z dnia 10 kwietnia 2013 r., I ACa 1173/12, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 4 kwietnia 2013 r., I ACa 1040/12, oraz wyrok SN z 25 października 2012 r., I CSK 147/12. Obliczenie cen składowych w sposób, w jaki uczynił to Erbud ma na celu jedynie uzyskanie przewagi z wykorzystaniem wzoru matematycznego dla obliczenia ceny oferty. Działanie takie fałszuje rzeczywisty rozkład cen mając na celu uzyskanie nieuczciwej przewagi konkurencyjnej.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy pzp Odwołujący wskazał, że Wykonawca Erbud zastrzegł w ofercie wypełniony Katalog czynności operacyjnych - a więc de facto ceny jednostkowe zgodnie z którymi rozliczana będzie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Zastrzeżenie to jest nadmierne, a w kontekście powyżej podniesionych argumentów dotyczących rażąco niskiej ceny należy założyć, że jest działaniem celowym ukierunkowanym na brak możliwości analizy cen przez innych wykonawców oraz wykazania że ceny te są rażąco niskie. Odwołujący podniósł, że Zamawiający przygotował Katalog czynności operacyjnych i załączył jego wzór do SIWZ. Wykonawcy byli zobowiązani do wypełnienia tego katalogu w taki sposób, że wyceniali każdą z pozycji. Nie byli zobowiązani do podawania jakichkolwiek informacji technicznych, czy też organizacyjnych w Katalogu czynności operacyjnych, a jedynie do podania cen dla każdej z pozycji. Katalog ma więc charakter cennika - zestawienia cen czynności określonych przez Zamawiającego. Tym samym nie są prawdziwe twierdzenia Erbud złożone w ofercie jakoby wypełniony Katalog zawierał tajemnicę przedsiębiorstwa. Erbud m.in. stwierdza, że „informacje techniczne zawierają rozwiązania techniczne, organizacyjne i realizacyjne opracowane bezpośrednio na potrzeby realizacji wykonania tego zamówienia i stanowią w istocie zastosowanie w praktyce wypracowanego od lat unikalnego know-how przedsiębiorstwa Wykonawcy”. Stwierdzenie to jest nieprawdziwe - nie można odczytać jakiegokolwiek know-how z cen jednostkowych poszczególnych czynności określonych przez

Zamawiającego w SIWZ. Odwołujący dodał, że ustawa pzp w sposób wyraźny stanowi o braku możliwości zastrzeżenia ceny oferty - a z tym w istocie mamy do czynienia w ofercie Erbud. Ponadto w uzasadnieniu zastrzeżenia, że informacje zawarte w Katalogu operacji remontowych stanowią tajemnice przedsiębiorstwa brak jakichkolwiek wiarygodnych dowodów na potwierdzenie istnienia tejże tajemnicy. Wykonawca napisał jedynie pół strony gołosłownych stwierdzeń jakoby informacje o cenach stanowiły jego tajemnicę. Jak podkreśla orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej gołosłowne wyjaśnienia bez dowodów prowadzą do wypaczenia idei jawności postępowania (takie stanowisko np. w Wyroku z dnia 8 października 2010 r. sygn. akt: KIO 2079/10, Wyroku z dnia 12 maja 2017 r. sygn. akt: KIO 542/17, Wyroku z dnia 26 kwietnia 2017 r. sygn. akt: KIO 703/17, Wyroku z dnia 10 marca 2016 r. sygn. akt: KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16 KIO 228/16.) Erbud nie podaje też jakichkolwiek informacji, w jaki sposób dba o zachowanie poufnych rzekomo informacji w tajemnicy - jakie to środki stosuje i podjął dla utrzymania ich poufności. Tym samym sama okoliczność braku wykazania przez Erbud konkretnych, niezbędnych działań, jakie wykonawca ten podjął w celu zachowania poufności informacji, popartego odpowiednimi środkami dowodowymi powinna przesądzać o braku skuteczności zastrzeżenia poufności informacji. Spełnienie już tylko tej przesłanki powoduje niemożność dokonania pozytywnej kwalifikacji normatywnej informacji jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk. Tym samym Zamawiający nie powinien uznać wykazania istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa za wiarygodne i odtajnić złożony Katalog czynności operacyjnych. Ujawnienie zaś umożliwiłoby wykazanie, że zastosowane ceny zostały dopasowane do wag wzoru matematycznego obliczenia ceny oferty i nie mają pokrycia w faktycznych kosztach wykonywania usług.

W dniu 14 stycznia 2018 r. na rozprawie Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca ERBUD INDUSTRY POMORZE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku. Na rozprawie, jak również w złożonym piśmie procesowym przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Odnosząc się do podniesionego przez Zamawiającego wniosku o nierozpoznanie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy pzp w związku z art. 96 ust. 3 ustawy pzp oraz art. 8 ust. 3 ustawy pzp w związku z art. 11 ust. 2 uznano jako zarzutu wniesionego po terminie, Izba stwierdziła, że wniosek nie zasługuje na uwzględnienie. Izba ustaliła, że Katalog operacji remontowych został załączony do oferty wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zaznaczenia jednak wymaga, że okoliczność iż Zamawiający po otwarciu ofert udostępnił w części jawnej oferty na platformie internetowej nie potwierdza, iż również w tym dniu Zamawiający zakończył proces badania oferty Wykonawcy Erbud pod względem prawidłowości dokonanego zastrzeżenia. W dokumentacji postępowania brak jest pisma, czy protokołu z zebrania Komisji przetargowej, z którego wynikałoby, że Zamawiający uznał dokonane zastrzeżenie za zasadne. Z wiadomości e-mail okazanej Izbie na rozprawie przez Odwołującego wynika, że Odwołujący w dniu 24 grudnia 2018 r. zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie oferty Wykonawcy Erbud oraz prowadzonej z Wykonawcą korespondencji. Dokumenty zostały udostępnione w dniu 27 grudnia 2018 r. poza Katalogiem operacji remontowych, a zatem dopiero tego dnia Wykonawca powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę podniesienia zarzutu niezasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 182 ust. 3 ustawy pzp, odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Mając na względzie powyższe Izba uznała, że odwołanie w zakresie podniesionego zarzutu zostało złożone w ustawowym terminie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba stwierdziła, że przystąpienie zgłoszone przez wykonawcę ERBUD INDUSTRY POMORZE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku spełniało wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy pzp, zaś Wykonawca wykazał interes w uzyskaniu

rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. W związku z powyższym wykonawca ERBUD INDUSTRY POMORZE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku stał się uczestnikiem postępowania po stronie Zamawiającego.

Izba dopuściła dowody z całości dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Przystępującego oraz dowody złożone przez Zamawiającego na rozprawie.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy pzp zasługiwał na uwzględnienie.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt 2.1. SIWZ IDW *Przedmiotem zamówienia jest realizacja Przeglądów, konserwacji i usług utrzymania ruchu urządzeń i instalacji elektroenergetycznych w PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Wybrzeże w EC Gdańsk i EC Gdynia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w Części II i III SIWZ. Przedmiot zamówienia obejmuje w szczególności: przeglądy oraz prace konserwacyjne, pomiarowe i serwisowe (usuwanie awarii i usterek), wykonywane w celu utrzymania ruchu urządzeń, instalacji i sieci elektroenergetycznych, znajdujących się na terenie PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Wybrzeże w EC Gdańsk i EC Gdynia.*

W pkt 2.14. SIWZ IDW Zamawiający określił, że *wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących wskazane poniżej czynności w trakcie realizacji zamówienia na usługi lub roboty budowlane: Wszystkie prace wyszczególnione w Katalogu Operacji Remontowych oraz prace rozliczane na podstawie kosztorysu powykonawczego.*

Zgodnie z pkt 13.1. i 13.2. SIWZ IDW: 13.1. *Wykonawca w Formularzu 2.1. „Oferta” określi łączną cenę oferty brutto za realizację całego przedmiotu zamówienia. Łączna cena oferty brutto musi zawierać wszystkie elementy związane z realizacją przedmiotu zamówienia.* 13.2. *Wartość oferty brutto podana w Formularzu 2.1. „Oferta”, obejmuje wszelkie koszty związane*

z realizacją umowy, z uwzględnieniem podatku od towarów i usług VAT, innych opłat i podatków oraz kosztów ponoszonych przez Wykonawcę w związku z realizacją umowy.

W pkt 14 SIWZ IDW Zamawiający dokonał OPISU KRYTERIÓW WYBORU I SPOSÓB OCENY OFERT w następujący sposób: 14.1. *Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować będzie następujące kryteria oceny ofert: 1)Cena - 100% Ad. 1) Kryterium oceny Ofert będzie Cena oferty wyliczona w oparciu o wagi poszczególnych elementów składowych, jako wyceny za prace objęte niniejszym postępowaniem: znaczenie 100%, a punkty za kryterium cena będą obliczane według następującego wzoru: $P = [C_{min}/C_o] \times 100 \times W\%$ Gdzie: P - liczba punktów przyznanych ocenianej ofercie, C_{min} – najniższa cena brutto zaoferowana w postępowaniu, C_o –cena brutto rozpatrywanej oferty, W – waga kryterium; C_{min} lub C_o liczone będą wg następującego wzoru:*

$$C_o = (0,30 \times \Sigma CNW) + (0,20 \times \Sigma CWS) + (0,35 \times 48 \times CD) + (0,15 \times 1000 \times \Sigma CRB)$$

Gdzie: ΣCNW - Suma cen najczęściej wykonywanych operacji z tabeli Katalog Operacji Remontowych – Suma Operacji najczęściej wykonywanych - Załącznik 2.4 kolumna F; ΣCWS - Suma wszystkich cen z tabeli Katalog Operacji Remontowych – Suma wszystkich operacji - Załącznik 2.4 kolumna G; CD - Koszt Dyżuru pracowników za 1 miesiąc – określony w załączniku 2.6 punkt 4; ΣCRB - Suma stawek roboczogodzin określonych w załączniku 2.6 punkt 1.

Zgodnie z pkt 17.2. Umowa zostanie zawarta na wartość wskazaną przez Zamawiającego w dniu otwarcia ofert jako kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie realizacji prac w okresie 48 miesięcy. Kwota ta będzie stanowić maksymalne nominalne zobowiązanie Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający informuje, że ostateczna wartość wynagrodzenia umownego stanowić będzie sumę wartości wynagrodzeń za faktycznie zrealizowane przez Wykonawcę i odebrane przez Zamawiającego Prace Utrzymaniowe w okresie obowiązywania umowy.

W Formularzu 2.4. Zamawiający wskazał m.in. 1. *Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy jest oparte o Katalog Operacji Remontowych oraz za stawki roboczogodziny za prace nie ujęte w Katalogu Operacji Remontowych. Wartość wynagrodzenia umownego stanowić będzie suma wartości prac faktycznie zrealizowanych przez Wykonawcę i odebranych przez Zamawiającego w okresie obowiązywania umowy.* 2. *Ceny podane w Katalogu Operacji Remontowych oraz cena roboczogodziny wraz z narzutami dla prac rozliczanych na podstawie kosztorysu, powinny zawierać niezbędne do realizacji zadania koszty w tym koszty materiałów pomocniczych.* 3. *Rozliczenie wykonanych prac będzie odbywało się w oparciu następujące*

elementy: a) Ceny określone w Katalogu Operacji Remontowych, b) Kosztorysy, oparte o katalogi KNR, ZKNC, ZRE, KSNR, KNC i stawki roboczogodziny wraz z narzutami określonymi dla poszczególnych rodzajów robót i zakupów w Załączniku: Wykaz cen Stawek i wskaźników do kalkulacji prac nie ujętych w Katalogu Operacji Remontowych. 4. Wynagrodzenie za prace wykonywane na II i III zmianie w dni robocze oraz prace realizowane w dni ustawowo wolne od pracy (do godziny 6:00 pierwszego dnia roboczego) rozliczane będą zgodnie z poniższymi wzorami: a) prace rozliczane według cen z Katalogu Operacji Remontowych - Załącznik nr 2.4; $W_j = K * \sum K_j$ Gdzie: W_j - wartość prac rozliczanych w oparciu tabelę cen jednostkowych, K - współczynnik uwzględniający zwiększenie wynagrodzenia w związku z pracą na II i III zmianie oraz w dniach wolnych od pracy. Zamawiający ustalił wartość współczynnika na 1,2. K_j - jednostkowy koszt operacji z Katalogu Operacji Remontowych z Załącznika nr 2.4. b) prace rozliczane na podstawie kosztorysu – stawki z załącznika Załącznik nr 2.6; $W_r = K * K_r * C_n$ Gdzie: W_r – wartość prac dla prac kosztorysowych, K - współczynnik uwzględniający zwiększenie wynagrodzenia w związku z pracą na II i III zmianie oraz w dniach wolnych od pracy. Zamawiający określa współczynnik K na poziomie 1,2. K_r - koszt roboczogodziny z Załącznika nr 2.6 dla prac rozliczanych na podstawie kosztorysu, C_n - czas pracy na II i III zmianie w dni wolne od pracy do pierwszego dnia roboczego do godziny 6:00. 5. Działania Wykonawcy po zgłoszeniu przez Zamawiającego konieczności wykonania prac. Przystąpienie do usuwania usterek limitujących, nastąpi nie później niż 2 godziny od godziny ich zgłoszenia przez Zamawiającego lub w obustronnie uzgodnionym terminie. Przystąpienie do usuwania usterek nielimitujących, nastąpi nie później niż 2 dni od daty ich zgłoszenia przez Zamawiającego lub w obustronnie uzgodnionym terminie. 6. Płatności będą dokonywane na podstawie faktur VAT wystawionych za zrealizowane i odebrane prace w poszczególnych miesiącach kalendarzowych trwania umowy, obejmujące wynagrodzenie z tytułu wykonywania bieżących prac utrzymaniowych odebranych przez Zamawiającego w danym miesiącu, równych sumie: a) wynagrodzeń ryczałtowych w oparciu o Katalog Operacji Remontowych stanowiący załącznik do Umowy, b) wynagrodzeń wynikających z prac rozliczanych na podstawie kosztorysu powstałego na podstawie ceny roboczogodzin oraz zaakceptowanej przez Zamawiającego rzeczywistej ilości roboczogodzin, c) wynagrodzenia za pracę sprzętu, d) kosztów materiałów dostarczonych i użytych przez Wykonawcę (bez materiałów pomocniczych, które są wliczone w stawkę), e) kosztów dyżurów.

W załączniku do SIWZ - Specyfikacja Techniczna Zamawiający wskazał m.in.: 1.1.6. Do wykonania prac będących przedmiotem umowy Wykonawca skieruje minimum 16 pracowników w celu realizacji wskazanego przez Zleceniodawcę zakresu, zgodnie

z zawartymi w umowie wymaganiami dotyczącymi jakości i dotrzymania wyznaczonego przez Zamawiającego terminu wykonywanych prac. Przed podpisaniem umowy Wykonawca przedstawi Zamawiającemu listy pracowników z podaniem posiadanych przez nich uprawnień, stosownie do wymagań w zakresie realizowanych prac. Wymagana przez Zamawiającego minimalna ilość pracowników z uprawnieniami kwalifikacyjnymi: a) grupy 1 punkty 1, 2, 3, 4, 7, 9, 10 typu „D” *, - 4 osoby, b) grupy 1 punkty 1, 2, 3, 4, 7, 9, 10 typu „E” * - 12 osób, c) UDT do obsługi suwnic, wciągarek i wind - 4 osoby, uwaga: mogą to być osoby wymienione w punkcie a) lub b) *zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 28 kwietnia 2003r. „W sprawie szczegółowych zasad stwierdzania posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci” Dz. U. Nr 89 poz. 828 z dnia 21 maja 2003. Wszyscy pracownicy przeznaczeni do prac na terenie Zamawiającego powinni posiadać uprawnienia dotyczące prac utrzymaniowych na urządzeniach i instalacjach w wykonaniu EX. 1.1.10. Wycena prac, Prace będą rozliczane na podstawie Katalogu Operacji Remontowych oraz dla prac nieuwjętych w katalogu, na podstawie zaakceptowanego przez Zamawiającego kosztorysu zgodnie ze stawkami zawartymi w załączniku Stawki i wskaźniki do kalkulacji wynagrodzenia. 1.1.13. Organizacja prac w trybie zwykłym. Zlecenie prac remontowych w trybie zwykłym odbywać się będzie na bieżąco (w ramach zaistniałych potrzeb) przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego w oparciu o bieżący harmonogram prac utrzymaniowych. Zlecenie prac w trybie zwykłym zobowiązuje Wykonawcę do rozpoczęcia prac w obustronnie uzgodnionym terminie. Wykonawca z jednodobowym wyprzedzeniem uzgodni z Zamawiającym listę planowanych na dzień następnego polecenia, poda imiona i nazwiska kierujących zespołami oraz pracowników z wyszczególnieniem uprawnień. Zamawiający zastrzega sobie możliwość zlecenia koniecznych do wykonania prac, które nie były wcześniej zaplanowane. Prace te zostaną zrealizowane po uzgodnieniu pomiędzy stronami. 1.1.14. Organizacja prac w trybie awaryjnym. W przypadku konieczności zlecenia prac w trybie awaryjnym, upoważniony przedstawiciel Zamawiającego, powiadomi wyznaczonego pracownika Wykonawcy o konieczności usunięcia usterki. Zamawiający przedstawi Wykonawcy zakres prac, miejsce oraz harmonogram robót. Wykonawca jest zobowiązany do stworzenia takiej organizacji (łącznie z dowozem pracowników), aby niezależnie od pory dnia, zapewnić przystąpienie do usunięcia usterki w przeciągu maksymalnie 2 godzin od momentu powiadomienia przez upoważnionego przedstawiciela Zamawiającego, lub w przypadku braku możliwości przystąpienia do usunięcia usterki, ze względu na ograniczenia związane z ruchem urządzeń, w innym uzgodnionym z Zamawiającym terminie. Wykonawca dla potrzeb realizacji prac w trybie awaryjnym zobowiązany będzie do przedstawienia listy pracowników upoważnionych

do odbioru powiadomienia o zaistniałej awarii. Wykonawca będzie sprawnie i efektywnie kierował pracami tak, aby spełnić wymagania postawione przez Zamawiającego w umowie i zakończyć je w podanym terminie. Skład brygady musi gwarantować kompleksową usługę i jak najkrótszy czas naprawy w zadanym zakresie. 1.1.15. Organizacja dyżurów Wykonawcy. Dyżury domowe polegają na gotowości Wykonawcy do wykonania prac na II i III zmianie oraz w dni świąteczne i dodatkowo wolne od pracy. Wykonawca zobowiązany jest: zapewnić dyspozycyjność dwóch brygad w ilości po 2 pracowników (łącznie 4 pracowników), dostarczyć najpóźniej do ostatniego dnia miesiąca N (bieżącego), osobie odpowiedzialnej ze strony Zamawiającego „Grafik Dyżurów” zawierający: imię i nazwisko, numery telefonów osób odpowiedzialnych za organizację i nadzór pracami związanymi z usuwaniem usterek i awarii w miesiącu N+1 (następnego).

We wzorze umowy Zamawiający określił m.in.: 4.2. Rozliczanie wykonanych Prac Utrzymaniowych, prac realizowanych w ramach Zleceń Wykonania Usługi w ramach Umowy będzie się odbywało na podstawie kosztorysów powykonawczych na podstawie i z zachowaniem kolejności następujących cen i stawek: 4.2.1 jednostkowych cen ryczałtowych określonych w Katalogu czynności, stanowiącym Załącznik nr 4 do Umowy; 4.2.2 robocizny i sprzętu z uwzględnieniem kosztów pośrednich i zysku oraz kosztów zakupu zaakceptowanych przez Zamawiającego lub określonych w Załączniku Cenowym – Wykaz Cen – Stawki roboczogodzin, stanowiącym Załącznik nr 4a do Umowy oraz nakładów określonych w katalogach KNR, KNC lub innych katalogach norm pracy zaakceptowanych przez obie Strony w niniejszej Umowie; 4.2.3 cen i stawek rynkowych, które będą cenami materiałów i prac z rejonu adekwatnego do lokalizacji Zamawiającego, w której wykonywane są Prace, określonych w odpowiednich informatorach SEKOCENBUD w zakresie, w jakim ust. 4.2.1 do 4.2.2 nie mają zastosowania. lub 4.2.4 na podstawie wystawionych Wykonawcy faktur za części zamienne, materiały lub usługi, pod warunkiem, że przed realizacją dostawy lub wykonaniem usługi Wykonawca przedłoży Zamawiającemu do zatwierdzenia cenniki dostarczanych materiałów, części zamiennych lub usług. Do powyższych cen zostanie doliczony koszt zakupu, o którym mowa w załączniku 4a. Postanowienia niniejszego punktu dotyczą tzw. specjalistycznych materiałów, części zamiennych i usług, tj. takich, które nie są typowymi, ogólnie dostępnymi pracami lub dostawami i wymagają odpowiednich kwalifikacji lub dokumentacji wykonawczej. 4.3. Dyżury domowe będą rozliczane na podstawie miesięcznego raportu dyżurów domowych pełnionych na polecenie Zamawiającego. Podstawę rozliczeń będzie stanowić stawka ryczałtowa uwzględniająca miesięczny koszt pełnienia dyżurów domowych, określona w załączniku nr 4a do Umowy. 4.5. Wynagrodzenie za prace wykonywane w trybie nadzwyczajnym tj. na

wezwanie w trakcie pełnienia dyżuru domowego rozliczane będą przy zastosowaniu następującego wzoru: $C_{jk}=A \times C_j$ gdzie: C_{jk} – wartość jednostkowej stawki ryczałtowej w trybie nadzwyczajnym; A – współczynnik dla trybu nadzwyczajnego (1,2); C_j – jednostkowa cena ryczałtowa określona w Katalogu czynności lub w Załączniku Cenowym – Wykaz Cen – Stawki roboczogodzin, dla Prac zlecanych w trybie zwykłym.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 28 września 2018 r. w postępowaniu wpłynęły dwie oferty: oferta Przystępującego na cenę ofertową brutto 91 646,32 zł oraz oferta Odwołującego na cenę ofertową brutto: 177 710,77 zł.

W Formularzu 2.5. Zestawieniu cen do obliczenia ceny ofertowej Wykonawcy zaoferowali następujące ceny: Przystępujący: Suma cen najczęściej wykonywanych operacji z tabeli Katalog Operacji Remontowych – Suma Operacji najczęściej wykonywanych - Załącznik 2.4 kolumna F: 96 557,46 zł brutto; Suma wszystkich cen z tabeli Katalog Operacji Remontowych – Suma wszystkich operacji - Załącznik 2.4 kolumna G: 212 525,55 zł brutto; Koszt Dyżuru pracowników za 1 miesiąc – określony w załączniku 2.6 punkt 3: 14,76 zł brutto; Suma stawek roboczogodzin określonych w załączniku 2.6 punkt 1: 132,84 zł brutto; Odwołujący: Suma cen najczęściej wykonywanych operacji z tabeli Katalog Operacji Remontowych – Suma Operacji najczęściej wykonywanych - Załącznik 2.4 kolumna F: 152 373,63 zł brutto; Suma wszystkich cen z tabeli Katalog Operacji Remontowych – Suma wszystkich operacji - Załącznik 2.4 kolumna G: 264 425,40 zł brutto; Koszt Dyżuru pracowników za 1 miesiąc – określony w załączniku 2.6 punkt 3: 2952,00 zł brutto; Suma stawek roboczogodzin określonych w załączniku 2.6 punkt 1: 196,80 zł brutto;

W Formularzu 2.6. Wykaz cen / Stawki i wskaźniki do kalkulacji wynagrodzenia nieobjętego zakresem podstawowym Wykonawcy zaoferowali następujące ceny: Przystępujący: 1. Stawki przerobowe brutto (w tym koszty pośrednie (Kp) w wysokości 65% i zysku (Z) w wysokości 10%) [PLN, bez podatku VAT] dla: Prace warsztatowe stawka 28 zł/rbg. Prace elektryczne ogólne stawka 40 zł/rbg. Prace elektryczne specjalne stawka 40 zł/rbg. 2. Stawki za pracę sprzętu brutto (w tym koszty pośrednie (Kp) w wysokości 65% i zysku (Z) w wysokości 10% [PLN, bez podatku VAT]: Za pracę sprzętu: 3. Koszty zakupu Kz = 5% (nie więcej niż 5%). Stawka opłaty za dyżur pracowników 12,00 zł./miesiąc; Odwołujący: 1. Stawki przerobowe brutto (w tym koszty pośrednie (Kp) w wysokości 70% i zysku (Z) w wysokości 10%) [PLN, bez podatku VAT] dla: Prace warsztatowe stawka 50 zł/rbg. Prace elektryczne ogólne stawka 55 zł/rbg. Prace elektryczne specjalne stawka 50 zł/rbg. 2. Stawki za pracę sprzętu brutto (w tym koszty pośrednie (Kp) w wysokości 70% i zysku (Z) w wysokości 10% [PLN, bez podatku VAT]: Za pracę sprzętu: podnośnik koszowy, stawka 150,00 zł/maszynogodzinę, mini koparka,

stawka 150,00 zł/maszynogodzinę 3. Koszty zakupu Kz = 5% (nie więcej niż 5%). Stawka opłaty za dyżur pracowników 2400,00 zł./miesiąc.

Pismem z dnia 28 września 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp do przedstawienia dokumentów potwierdzających, iż zaoferowana cena gwarantuje prawidłową realizację prac, tj. zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ; o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny i kosztu zatrudnienia w oparciu o wymagania stawiane przez Zamawiającego w SIWZ.

W odpowiedzi pismem z dnia 3 października 2018 r. Przystępujący wskazał: 1. Wartość pozycji 1 i 2 „Zestawienia cen do obliczenia ceny ofertowej” została wyliczona w oparciu o ceny jednostkowe stosowane przez Wykonawcę w obowiązującej umowie utrzymaniowej nr C12Z130010 zawartej pomiędzy PGE Energia Ciepła S.A. (dawniej EDF Polska) a ERBUD INDUSTRY Pomorze sp. z o.o.; ceny zawarte w tej umowie mają charakter rynkowy, zostały obustronnie zatwierdzone przez strony, gwarantują należyte wykonanie umowy C12Z130010 i obowiązują do dnia 31.12.2018 r. W załączeniu przekazujemy pismo z dnia 05.03.2018 r. w sprawie waloryzacji cen do umowy C12Z130010. 2. Wartość pozycji 3 „Zestawienia cen do obliczenia ceny ofertowej” „koszt dyżurów pracowników za 1 miesiąc - określonych w załączniku nr 6/formularz 2.6. pkt 4” polegający na gotowości do wykonania prac na II i III zmianie oraz w dni świąteczne i dodatkowo wolne od pracy zgodnie z SIWZ pkt 1.1.15 zostały tutaj uwzględnione koszty związane z powiadomieniem pracowników (telefon, SMS) o zaistniałej potrzebie wykonania pracy. Wykonawca zakłada, że jego pracownicy będą pełnili ww. dyżury w domu na potrzeby realizacji zamówienia. Zgodnie z art. 151(5) § 3 Kodeksu pracy, za czas dyżuru, z wyjątkiem dyżuru pełnionego w domu, pracownikowi przysługuje czas wolny od pracy w wymiarze odpowiadającym długości dyżuru, a w razie braku możliwości udzielenia czasu wolnego wynagrodzenie wynikające z jego osobistego zaszeregowania, określonego stawką godzinową lub miesięczną, a jeżeli taki składni wynagrodzenia nie został wyodrębniony przy określaniu warunków wynagradzania - 60% wynagrodzenia. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądowym „Dyżur to pozostawanie w gotowości do wykonywania pracy. Zgodnie z art. 151(5) § 1 k.p. pracodawca może zobowiązać pracownika do pozostawania poza normalnymi godzinami pracy w gotowości do wykonywania pracy wynikającej z umowy o pracę w zakładzie pracy lub w innym miejscu wyznaczonym przez pracodawcę. Wynika z tego przepisu jednoznacznie, że dyżur jest jednym z obowiązków pracowniczych i stanowi dodatkowe zadanie, po normalnych godzinach pracy. Pracownik, na polecenie pracodawcy, może wykonywać swój dyżur zarówno w zakładzie pracy lub w innym

miejscu wyznaczonym przez pracodawcę, ale również i w domu. W tym ostatnim przypadku - za czas dyżuru nie przysługuje mu żadne wynagrodzenie, ani dodatkowy czas wolny (chyba, że w trakcie dyżuru zaszła konieczność wykonywania pracy) - wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 13.10.2016 r., III APa 7/16. Zatem sama gotowość pracowników do podjęcia pracy nie generuje kosztów dla Wykonawcy, gdyż pełnią oni dyżury w domach; dopiero realizacja pokreślonych operacji remontowych przez tych pracowników generuje koszty pracownicze, które są uregulowane przez pracodawcę zgodnie z kodeksem pracy i które zostały ujęte w odpowiednich, pozostałych miejscach „Zestawienia cen do obliczania ceny ofertowej”. Wartość pozycji 4 „Zestawienia cen do obliczania ceny ofertowej” tj. „wartość stawek przerobowych brutto określonych w zał. nr 6/formularz 2.6. pkt 1” została wyliczona w oparciu o stawki stosowane przez Wykonawcę w obowiązującej umowie utrzymaniowej nr C12Z130010. a. Prace warsztatowe - wartość tej stawki (28 zł) Wykonawca ustalił na porównywalnym poziomie do stawki obowiązującej w obowiązującej umowie C12Z130010 (stawka w umowie C12Z130010 wynosi 27,80 zł); b. Prace elektryczne ogólne i Prace elektryczne specjalne - wartość tej stawki została ustalona wyższa o ok. 18% (40,00 zł) w porównaniu do wartości tej stawki określonej w umowie C12Z130010 (stawka w umowie C12Z130010 wynosi 34,00 zł). Z doświadczenia Wykonawcy wynikającego z wykonania umowy C12Z130010. Wynika, że zaproponowanie stawek jak w ofercie w toku niniejszego postępowania gwarantować będzie należyte wykonanie w całości umowy zawartej z Zamawiającym w wyniku niniejszego postępowania.

W myśl art. 90 ust. 1 ustawy pzp: jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy pzp zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że

oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy pzp).

Zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że Zamawiający, jak wynika z odpowiedzi na odwołanie zwrócił się do Przystępującego o złożenie wyjaśnień, gdyż cena jego oferty była niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert. W takiej sytuacji to po stronie Przystępującego leżał ciężar udowodnienia, że zaproponowane ceny są realne i gwarantują należyłą realizację zamówienia tak aby obalić domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia złożone na wezwanie zamawiającego powinny być spójne, konkretne i rzetelne, a w sytuacji gdy wykonawca powołuje się na zawarte umowy czy korzystne rabaty wykazane stosownymi dowodami, przy czym te ostatnie nie są konieczne jeśli wyjaśnienia wykonawcy są pełne, wyczerpujące i nie pozostawiają żadnych wątpliwości co do ekonomicznych możliwości realizacji zamówienia po niższych cenach.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący zakwestionował realność cen zaproponowanych przez Przystępującego a przede wszystkim wiarygodność i kompletność złożonych wyjaśnień.

Przedmiotem badania Izby jest prawidłowość dokonanych czy zaniechanych czynności przez Zamawiającego. W niniejszej sprawie czynnością tą jest dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego na wezwanie. Co istotne, ocenie Izby podlega treść wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającemu nie zaś przedstawionych przez Przystępującego na rozprawie, pomimo że w postępowaniu odwoławczym to przede wszystkim Przystępujący powinien w sposób niebudzący wątpliwości wykazać, że jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia za ceny podane w ofercie.

W ocenie Izby Przystępujący zarówno na etapie złożonych wyjaśnień jak i przedstawionych na rozprawie nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny w stosunku do swojej oferty, dlatego też należało uznać, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny złożonych wyjaśnień, a w konsekwencji zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego.

Mianowicie, złożone wyjaśnienia nie przywołują żadnych okoliczności, które pozwoliły Przystępującemu na zaoferowanie niższych cen. Co istotne, jak wynika z ustaleń faktycznych,

zamówienie będzie rozliczane po cenach jednostkowych wskazanych w Formularzu 2.4. oraz stawkach podanych w Formularzu 2.6., a więc dla zbadania czy oferta zawiera rażąco niską cenę istotną była analiza składowych ceny ofertowej. Z uwagi na to, że Zamawiający nie podał wolumenu zamówienia, a zlecenia będą realizowane zgodnie z harmonogramem oraz według potrzeb, Wykonawcy nie podawali w ofertach globalnej ceny ofertowej, która odpowiadałaby łącznej wartości zamówienia do zrealizowania, a jedynie cenę wynikającą ze sposobu kalkulacji przewidzianego przez Zamawiającego w kryterium oceny ofert, służącą do porównania złożonych w postępowaniu ofert. Przystępujący składając wyjaśnienia winien zatem odnieść się do zaproponowanych przez siebie stawek. Jak już zostało wskazane, w stosunku do oferty Przystępującego powstało domniemanie rażąco niskiej ceny, o którym mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy pzp, a zatem Zamawiający był zobowiązany skierować wezwanie do Wykonawcy. Wbrew twierdzeniom Przystępującego Zamawiający zasygnalizował w wezwaniu, że oczekuje dokumentów potwierdzających iż zaoferowana cena gwarantuje prawidłową realizację prac, tj. zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ, a także udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny i kosztu zatrudnienia w oparciu o wymagania stawiane przez Zamawiającego w SIWZ. W odpowiedzi Przystępujący w zakresie stawek zaoferowanych w Katalogu operacji remontowych przedstawił wyłącznie ceny zaoferowane Zamawiającemu w poprzednim postępowaniu z 2013 r. prowadzonym poniżej ustawowych progów, które nie odpowiadają w całym zakresie pozycjom wyspecyfikowanym w aktualnym Katalogu operacji remontowych. Co więcej, Wykonawca wskazał w wyjaśnieniach, że ceny te, co prawda zwaloryzowane, obowiązują do dnia 31 grudnia 2018 r., a niniejsze zamówienie zostało przewidziane do realizacji na prawie cztery lata. Trudno zatem uznać, że ceny w złożonym Katalogu operacji remontowych są aktualne i realne, a Wykonawca poczynił jakiegokolwiek założenia odnośnie ewentualnego wzrostu cen. Odnośnie stawek przerobowych zawartych w Formularzu 2.6. dla Prac warsztatowych Wykonawca założył identyczną stawkę, jak w powoływanej wcześniej realizowanej umowie, natomiast co do pozostałych przyjął o 18% wyższą stawkę. W ocenie Izby, tak złożone wyjaśnienia nie stanowią informacji na temat wyliczenia ceny. Przystępujący nie wskazał, dlaczego poczynił takie założenia odnośnie stawek przerobowych, nie przedstawił żadnych kalkulacji w tym zakresie. Nie podał również, jakie okoliczności jemu tylko właściwe pozwoliły na zaoferowanie niższych cen. Ponadto, wbrew wezwaniu Zamawiającego, Wykonawca nie odniósł się w żaden sposób do kosztów zatrudnienia, na poziomie określonym w SIWZ. Zamawiający wymagał aby do realizacji zamówienia zostało skierowanych 16 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Wykonawca nie przedstawił w wyjaśnieniach czy zaoferowane ceny uwzględniają powyższe wymagania. Przystępujący przedstawił jedynie

szczegółowe wyjaśnienie w odniesieniu do kosztów dyżurów, przy czym kalkulacja uzasadniająca koszt w wysokości 12 zł netto na miesiąc i tak nie została przywołana. Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego, że jako twórca obu Katalogów operacji remontowych, zarówno w poprzednim jak i przedmiotowym postępowaniu był w stanie zweryfikować, pomimo dokonanego rozdrobnienia pozycji, czy ceny w aktualnym Katalogu są realne wskazać należy, że to na Przystępującym a nie Zamawiającym ciążył obowiązek udowodnienia i wykazania realności zaoferowanych cen. Zamawiający nie może Wykonawcy wyręczyć w tym zakresie, gdyż gdyby przyjąć takie założenie to wezwanie do wyjaśnień odnośnie wątpliwości co do ceny miałyby wyłącznie formalny charakter. Wykonawca jest zobowiązany powołać się na czynniki sobie tylko właściwe, które pozwoliły wyłącznie jemu zaoferować niższe ceny od pozostałych Wykonawców. Zamawiający był w posiadaniu zarówno Katalogu operacji remontowych załączonego do oferty, jak i przedstawionego w odniesieniu do wcześniej realizowanej umowy, a zatem analizę cen, na którą się powołuje mógł przeprowadzić bez złożonych wyjaśnień. Co więcej, Zamawiający nie przedstawił Izbie w jaki sposób oceniając złożone wyjaśnienia odniósł poszczególne pozycje Katalogu wcześniej realizowanej umowy (około 230 pozycji) do aktualnego Katalogu (652 pozycje). Istotnym jest również, że nie zostało wykazane, aby wcześniej realizowane zamówienie zawierało takie same założenia i wymagania, chociażby w odniesieniu do zatrudnienia wykwalifikowanych pracowników, aby można było przyjąć że zaoferowane ceny są realne. Podobnie jeśli chodzi o złożone przez Zamawiającego dowody, na ich podstawie Zamawiający mógł zbadać cenę oferty Wykonawcy bez konieczności analizy złożonych wyjaśnień. Ponadto, cen zaproponowanych przez Odwołującego w postępowaniu w Zielonej Górze, na które się Zamawiający powoływał, nie sposób odnieść do cen zaoferowanych przez Przystępującego, gdyż chociażby miejsce realizacji usługi jest inne. Odnosnie stawek SEKOCENBUDU wskazać należy, że również nie mogą one stanowić wyznacznika cen, ponieważ dotyczą branży budowlanej. Nie można tracić z pola widzenia, że Zamawiający jest uprawniony oceniać złożone wyjaśnienia na bazie dotychczasowego własnego doświadczenia, jednak same wyjaśnienia muszą przedstawiać kalkulację cen i szczególne okoliczności, których prawidłowość i realność Zamawiający mógłby zbadać opierając się na swojej wiedzy. Co istotne, w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie odstąpił od skierowania wezwania z uwagi na to, że *rozbieżność pomiędzy cenami Wykonawców wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia* (art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy pzp) wobec czego uznał, że domniemanie rażąco niskiej ceny istnieje. Przystępujący był zatem zobowiązany przedstawić składniki cenotwórcze, powołać się na jemu tylko dostępne rabaty w odniesieniu do cen materiałów, które miały zostać wliczone w ceny ryczałtowe, czy inne okoliczności

właściwe tylko Wykonawcy związane przykładowo z organizacją pracy. W ocenie Izby Wykonawca Erbud nie podołał obowiązkowi obalenia rażąco niskiej ceny. Dopiero na rozprawie Przystępujący wskazał na takie okoliczności jak miejsce realizacji usługi, które jest jednocześnie miejscem jego siedziby oraz na zorganizowany sztab pracowników pozwalający mu na zaoferowanie niższej ceny za roboczogodzinę dla poszczególnych prac. Twierdzenia te należy jednak uznać za spóźnione, gdyż powinny zostać przywołane w treści wyjaśnień.

Podkreślenia zatem wymaga, iż poza ogólnymi sformułowaniami nie zostały wyjaśnione żadne rzeczywiste, konkretne i realne wartości ekonomiczne. Przystępujący nie złożył również żadnych dowodów potwierdzających, że zaoferowana cena nie jest rażąco niską.

W związku z powyższym Izba uznała, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, co prowadziło do naruszenia podnoszonych przez Odwołującego przepisów ustawy, w wyniku czego Izba nakazała odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy pzp.

Odnosnie dopuszczalności powtórnego wezwania Wykonawcy do wyjaśnień, Izba podziela stanowisko, zgodnie z którym jest to możliwe w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości do wyjaśnienia, nie może natomiast prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia niekompletne czy niepotwierdzające prawidłowości ceny.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do jego uwzględnienia.

Izba podtrzymuje wcześniej poczynione ustalenia faktyczne.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu klauzuli generalnej, zawartej w art. 3 ust. 1 uznk jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W katalogu czynów nieuczciwej konkurencji ustawodawca wskazał na „utrudnianie dostępu do rynku”. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa w przypadku podnoszenia zrzutów czynu nieuczciwej konkurencji ważne jest skonkretyzowanie takiego czynu, którego popełnienia dopuścił się określony przedsiębiorca, a także konkretne określenie, jakiego rodzaju dobrym obyczajom przedsiębiorca uchybił. Uznanie zaś konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz kwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2002 r., sygn. akt III CKN 271/01).

W odniesieniu do tego zarzutu Odwołujący podniósł, że Erbud uzyskał w sposób nieuczciwy przewagę konkurencyjną przyjmując, że nie ponosi kosztów w pozycji dotyczącej dyżurów pracowników i musiał przenieść te koszty do innych pozycji. Zabieg taki miałby na celu obniżenie ceny ofertowej, wynikającej ze wzoru, który przypisał kosztom dyżuru wagę 35%. Wskazał również, że podobny zabieg został zastosowany przy wycenie pozycji nr 1 z Tabeli (suma cen najczęściej wykonywanych operacji z Tabeli Katalog Operacji Remontowych), który również ma przez Zamawiającego przypisaną wagę 30% w stosunku do pozycji nr 2 czyli suma wszystkich cen z Tabeli KOR, której Zamawiający przypisał niższą wagę tj. 20%. Powyższe twierdzenia nie znalazły jednak potwierdzenia w materiale dowodowym. Po pierwsze, ze złożonych przez Przystępującego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wynika, że Wykonawca uwzględnił koszty dyżuru ale na niższym poziomie. Odwołujący nie wskazał gdzie konkretnie koszty te zostały przerzucone, okoliczność ta nie została przez Odwołującego wykazana. Nie wskazał również jak powinien kształtować się koszt dyżuru w niniejszym postępowaniu i nie udowodnił, że nie jest możliwa taka organizacja pracy, która uzasadniałaby niskie koszty dyżuru. Biorąc pod uwagę ceny wskazane w pozycjach 1 i 2 w Formularzu 2.5. - ceny te są niższe niż zaoferował Odwołujący. Ponadto, na uwzględnienie nie zasługują twierdzenia o przeniesieniu kosztów z pozycji 1 do pozycji 2 Formularza, jako nie poparte żadnymi dowodami. Zarzut odwołania został oparty wyłącznie o własne hipotezy i przypuszczenia Odwołującego, a ich uzasadnienie w treści odwołania sprowadzało się w zasadzie do przywołania przepisów prawa i orzecznictwa.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy pzp w związku z art. 96 ust. 3 ustawy pzp oraz art. 8 ust. 3 ustawy pzp w związku z art. 11 ust. 2 uznk Izba uznała za zasadny.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny podtrzymując wcześniej przywołane ustalenia:

Przystępujący zastrzegł katalog operacji remontowych, jako zawierający tajemnicę przedsiębiorstwa przedstawiając następujące uzasadnienie wraz z ofertą: *Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa stanowiącej treść oferty tj. katalogu operacji remontowych, było konieczne w celu zachowania poufności zawartych w nich opracowań dotyczących wykonania przedmiotowego zamówienia mających dużą wartość gospodarczą dla Wykonawcy. Zawarte w powyższych załącznikach informacje techniczne zawierają rozwiązania techniczne, organizacyjne i realizacyjne opracowane bezpośrednio na potrzeby realizacji wykonania tego zamówienia i stanowią w istocie zastosowanie w praktyce wypracowanego od lat unikalnego know-how przedsiębiorstwa Wykonawcy, a co za tym idzie nie zostały przygotowane*

wyłącznie na potrzeby tego postępowania. Wykonawca podjął szczegółowe działania techniczne i organizacyjne aby zachować w/w informacje w poufności. Fakt, że niektóre informacje wykorzystane do w/w dokumentów, a dotyczące poszczególnych elementów są jawne, pozostaje bez wpływu na możliwość i konieczność utrzymania w tajemnicy funkcjonalnej całości danych zawartych w ww. dokumentach. Ujawnienie powyższych informacji objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, spowoduje utratę pozycji na rynku, jak również może narazić na straty finansowe i utratę konkurencyjności rynkowej przy pozyskiwaniu nowych oraz realizacji kontraktów przez Wykonawcę w przyszłości.

W myśl art. 8 ust. 1 ustawy pzp: *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.[...] - art. 8 ust. 3 ustawy pzp.*

Wskazać należy, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, mającą zagwarantować transparentność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, realizując jednocześnie postulaty wynikające z zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz proporcjonalności. W odniesieniu do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk zasada ta doznaje ograniczenia, pod warunkiem, że wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane, oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może natomiast zastrzec informacji dotyczących nazwy (firmy) oraz adresów wykonawców, a także informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji oraz warunków płatności zawartych w ofertach. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2017 r., sygn. KIO 686/17: *w odniesieniu do dokumentów przedstawianych na późniejszych etapach postępowania należy przyjąć, że zasadność zastrzeżenia zawartych w nich informacji musi być wykazana wraz ze złożeniem takiego dokumentu. Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo*

dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Co istotne, aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w art. 11 ust. 2 uznk muszą zostać spełnione łącznie. Zauważyć należy, że informację można uznać za chronioną na podstawie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tylko wówczas, jeśli jest ona poufna. Pozostałe przesłanki w postaci braku ujawnienia informacji i podjęcia działań zabezpieczających są jedynie konsekwencją przesłanki poufności. Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od naczelnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazania wymaga, że transparentność postępowań o udzielenie zamówienia publicznego powoduje, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności. Tym samym powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych, a mianowicie konieczności ujawnienia części informacji dotyczących prowadzonej przez nich działalności. *Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślić również należy, że nie jest właściwe traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu. Stąd, tego rodzaju sytuacje winny być przez wykonawców nie nadużywane i ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, zaś z perspektywy zamawiającego - powinny być badane z wyjątkową starannością* (tak też: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt: KIO 1058/18).

Jak wynika z treści art. 8 ust. 3 ustawy pzp to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Oznacza to, że rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał i udowodnił, że zastrzeżone informacje w istocie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy zwrócić uwagę na nałożony przez Ustawodawcę obowiązek *wykazania*, który oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z całą pewnością za *wykazanie* nie może zostać uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 2 uznk oraz do przywołania treści art. 8 ust. 3 ustawy pzp.

Zaznaczenia wymaga, że przedmiotem oceny Izby są czynności zamawiającego w postępowaniu, w tym przypadku czynność uznania za prawidłowe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do Katalogu operacji remontowych złożonego wraz z ofertą przez Wykonawcę Erbud.

Mając na uwadze powyższe rozważania Izba uznała, że działanie Zamawiającego naruszyło przywołane przez Odwołującego w odwołaniu przepisy.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że Izba poddała ocenie uzasadnienie zastrzeżenia Katalogu operacji remontowych złożone wraz z ofertą. Jak zostało bowiem wspomniane, aby uznać za skuteczne zastrzeżenie dokonane przez wykonawcę musi on wykazać wszystkie łącznie przesłanki z art. 11 ust. 2 uznk. W ocenie Izby Przystępujący wystąpienia powyższych przesłanek nie wykazał, co czyni dokonane zastrzeżenie nieskutecznym. Podkreślić również należy, że przesłanki nie zostały wykazane w dacie złożenia Katalogu operacji remontowych, a nowych okoliczności stanowiących uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartych w treści pisma procesowego Izba nie brała pod uwagę, uznając je za spóźnione. Wykonawca jest bowiem zobowiązany wykazać wszystkie przesłanki najpóźniej wraz z pismem zawierającym informacje chronione, a uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie podlega uzupełnieniu.

W złożonym przez Przystępującego jednostronicowym uzasadnieniu przywołane zostały częściowo przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa wraz ze stwierdzeniem o ich spełnieniu. Oświadczenia Wykonawcy w tym zakresie są ogólne, lakoniczne i pozbawione szerszego wyводу merytorycznego. Przystępujący nie wykazał, że informacje zawarte w Katalogu stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Wykonawca zastrzegający określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa musi wykazać Zamawiającemu m.in., że dane informacje (tj. informacja techniczna, technologiczna, organizacyjna przedsiębiorstwa lub inne informacje) posiadają określoną wartość gospodarczą. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt: KIO 1058/18: *Wartość ta może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa - może znaleźć uchwytne wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna*

i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie, pozwalająca skwantyfikować informację i ująć ją w postaci wartości o charakterze finansowym. Wartość ta ma zatem wymiar obiektywny. Przystępujący wskazał jedynie ogólnie, że opracowania dotyczące wykonania przedmiotowego zamówienia mających dla niego dużą wartość gospodarczą, a zawarte w powyższych załącznikach informacje techniczne zawierają rozwiązania techniczne, organizacyjne i realizacyjne opracowane bezpośrednio na potrzeby realizacji wykonania tego zamówienia i stanowią w istocie zastosowanie w praktyce wypracowanego od lat unikalnego know-how przedsiębiorstwa Wykonawcy, a co za tym idzie nie zostały przygotowane wyłącznie na potrzeby tego postępowania. Ponadto, ujawnienie powyższych informacji objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, spowoduje utratę pozycji na rynku, jak również może narazić na straty finansowe i utratę konkurencyjności rynkowej przy pozyskiwaniu nowych oraz realizacji kontraktów przez Wykonawcę w przyszłości. Wskazania wymaga, że Katalog operacji remontowych nie został wbrew twierdzeniom Przystępującego opracowany przez niego, gdyż twórcą informacji w nim zawartych jest Zamawiający. Wykonawcy byli zobowiązani wyłącznie do podania cen jednostkowych za określone usługi. W oparciu o dane uzupełnione przez Przystępującego, czyli cen jednostkowych nie sposób odtworzyć metodologii obliczenia ceny, czy przyjętych założeń dla realizacji przedmiotowego zamówienia, które ewentualnie mogłyby posiadać jakąś wartość gospodarczą. Przystępujący nie wyjaśnił w uzasadnieniu jakie unikalne know-how zostało zawarte w Katalogu operacji remontowych, które jako niedostępne innym wykonawcom, zasługiwałyby na ochronę. W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wskazano w jaki sposób ujawnione ceny jednostkowe mogłyby przyczynić się do przewagi konkurencyjnej innych wykonawców, biorąc pod uwagę, że ceny zostały skalkulowane w sposób właściwy Wykonawcy Erbud, a który to sposób nie jest znany innym uczestnikom postępowania, poza ograniczonym zakresem wskazanym w jawnych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Ponadto argumentacja o uzyskaniu przewagi konkurencyjnej jest nielogiczna i niespójna mając na względzie, że przedmiotowe zamówienie będzie rozliczane w oparciu o m.in. ceny jednostkowe wskazane w Katalogu operacji remontowych, co powoduje że stałyby się one jawne na etapie realizacji umowy. Izba stwierdziła także, że Przystępujący w żadnej mierze nie sprostął ciężarowi wykazania, że dołożył należytej staranności i podjął jakiegokolwiek działania celem utrzymania zastrzeganych informacji w poufności. Tej przesłance zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący nie poświęcił nawet jednego zdania uzasadnienia. Metody i sposoby ochrony informacji nie

zostały przez Przystępującego ani opisane, ani wykazane. Nie wiadomo jakie procedury ochrony informacji stosuje i jakie zastosował w tej konkretnej sprawie w odniesieniu do zastrzeganych informacji.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Przystępujący nie wykazał Zamawiającemu istnienia ustawowych przesłanek zastrzeżenia Katalogu operacji remontowych jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a Zamawiający naruszył przepisy przywołane w odwołaniu.

W konsekwencji potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy pzp.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy pzp *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 ustawy pzp).* Mając na względzie zasadność podniesionych zarzutów w zakresie rażąco niskiej ceny oraz tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy pzp.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący: