

WYROK
z dnia 2 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Członkowie: Piotr Kozłowski
Sylwester Kuchnio
Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2015 r. przez Odwołującego – LOWE Media sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-672), przy ul. Domaniewskiej 39, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Telewizję Polską S.A. z siedzibą w Warszawie (00-999), przy ul. Woronicza 17, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Maxus sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-676), przy ul. Postępu 6, Maxus – Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-676), przy ul. Postępu 6, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – LOWE Media sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – LOWE Media sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:
Członkowie:
.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Telewizja Polska S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi planowania i zakupu mediów na potrzeby reklamy publicznej TVP S.A., w okresie 15 miesięcy od daty zawarcia umowy (znak sprawy ZPITBMK/114/2014), zwane dalej „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 grudnia 2014 r. pod nr 2014/S 238-41934.

W dniu 4 lutego 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Maxus-Warszawa sp. z o.o., Maxus sp. z o.o. (dalej: „Konsorcjum Maxus”).

W dniu 13 lutego 2015 r. wykonawca LOWE Media sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Izby odwołanie, w którym zaskarżył czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum Maxus oraz wykonawcę Value Media sp. z o.o. (dalej: „Wykonawca VM”). Zarzucił Zamawiającemu, że naruszył niżej wskazane przepisy:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Maxus oraz oferty Wykonawcy VM pomimo że zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. art. 8 ust. 3 w zw. z art. art. 86 ust. 4 Pzp i w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t. ze zm.), zwanej dalej „ZnkU”, przez bezzasadne zaniechanie odtajnienia:
 - a) oferty Wykonawcy VM w zakresie formularza cenowego odnoszącego się do oferowanych przez niego minimalnych deklarowanych opustów dla poszczególnych mediów, pomimo iż cena i ceny jednostkowe zaproponowane przez wykonawcę stanowią treść oferty, powinny mieć charakter jawny i nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ZnkU, a ponadto ww. nie wykazał, że informacje zawarte w formularzu cenowym stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,
 - b) oferty Wykonawcy VM w zakresie referencji i wykazu usług pomimo, że nie utajnił zdecydowanej większości informacji zawartych w wykazie usług, wobec czego

informacje zawarte w referencjach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a ponadto ww. nie wykazał, że informacje zawarte w formularzu cenowym i referencjach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,

- c) wyjaśnień Konsorcjum Maxus dotyczących rażąco niskiej ceny w zakresie informacji związanych z wyliczeniem kosztów stałych pomimo, że nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa i muszą być udostępniane publicznie zgodnie z obowiązującymi przepisami, a ponadto ww. nie wykazał, że informacje zawarte w formularzu cenowym i referencjach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.
3. art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku zaniechaniem odrzucenia ofert, które podlegają odrzuceniu oraz w związku z nieuzasadnionym nieodtajnieniem dokumentów.

W oparciu o przedstawione zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert i w konsekwencji:
 - a) odrzucenia oferty Konsorcjum Maxus,
 - b) odrzucenia oferty Wykonawcy VM,
 - c) odtajnienia informacji zawartych w ofercie Wykonawcy VM w zakresie formularza cenowego i referencji oraz wyjaśnień Konsorcjum Maxus dotyczących rażąco niskiej ceny w zakresie wszystkich informacji związanych z wyliczeniem kosztów stałych,
3. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wedle norm przepisanych.

Odwołujący podkreślił, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, a zarazem Odwołujący poniósł szkodę. Na skutek niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego Odwołujący, jako wykonawca spełniający warunki udziału w Postępowaniu, został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo że jego oferta jest jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu.

Uzasadniając zarzut zaniechania odrzucenia ofert Konsorcjum Maxus i Wykonawcy VM Odwołujący stwierdził, że zgodnie z przepisem art. 90 ust. 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy z rażąco niską ceną, jeśli ten nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powołany przepis, zdaniem Odwołującego,

zawiera dwie odrębnie sformułowane przesłanki prawne nakazujące odrzucenie oferty. Po pierwsze, brak wyjaśnień żądanych przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp stanowi samodzielną przesłankę odrzucenia oferty niezależnie od ustalenia wystąpienia ceny rażąco niskiej, przy czym z brakiem wyjaśnień utożsamia się złożenie wyjaśnień lakonicznych, ogólnikowych. Drugim przypadkiem jest natomiast ustalenie na podstawie złożonych wyjaśnień, że cena oferty jest rażąco niska. Podkreślił, że w świetle ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny (mających nadal zastosowanie pomimo zmiany przepisów w tym zakresie), należy uznać, że ceną rażąco niską jest cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. Rażąco niską ceną jest cena oderwana od realiów rynkowych. Dodał, że obowiązek odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę służy w szczególności temu, żeby eliminować z postępowania wykonawców niewiarygodnych i nierzetelnych z uwagi na proponowane przez nich nierealistyczne ceny. Odwołujący podał, że ustawodawca częściowo dookreślił pojęcie rażąco niskiej ceny przez nałożenie na zamawiającego obowiązku wezwania do wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wykonawcy, którego oferta zawiera niską cenę i wydaje się ona być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (art. 90 ust 1 ustawy Pzp). Odwołujący zasygnalizował, że obowiązkiem wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, obarczony został wezwany wykonawca. Zatem to na nim ciąży obowiązek rzetelnego i szczegółowego wyjaśnienia przyczyn wskazania takiej ceny i przekonania zamawiającego, że cena złożonej przez niego oferty nie jest rażąco niska. W szczególności jego wyjaśnienia powinny obejmować swym zakresem oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U.2002.200.1679 ze zm.). Zgodnie bowiem z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa złożenie wyjaśnień, które nie rozpraszają wątpliwości zamawiającego, co do rynkowego charakteru ceny oferty, zrównane jest w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień i powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp. W ramach prowadzonego postępowania ceny ofertowe Konsorcjum Maxus oraz Wykonawcy VM są niższe od wartości zamówienia o znacznie więcej niż 30%. Ponadto cena ofertowa proponowana przez Konsorcjum Maxus jest o ponad 30%

niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert., a wyjaśnienia wykonawców nie potwierdziły, że cena przez nich zaoferowana nie jest rażąco niska, zatem uznać należy, że oferty wskazanych wyżej wykonawców podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Odwołujący zaznaczył, że cena jego oferty (1.000.000,00 zł brutto) jest zbliżona do szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia. Niewątpliwie cena oferty Odwołującego, jako złożonej w tym samym Postępowaniu, stanowi istotny punkt odniesienia w kwalifikacji ceny oferty złożonej przez Konsorcjum Maxus oraz Wykonawcy VM jako rażąco niskiej. Cena oferty Odwołującego wskazuje na rzetelność szacunku dokonanego przez Zamawiającego oraz rzeczywisty poziom cen rynkowych dla tego zamówienia. Należy przy tym zauważyć, że wszystkie oferty są kalkulowane w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, z uwzględnieniem tych samych wymagań Zamawiającego, wobec czego na kalkulacje dokonywane przez wszystkich wykonawców mają wpływ te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku. Ponadto, w ocenie Odwołującego, na uwagę zasługuje fakt, że czwarta oferta złożona w Postępowaniu (oferta wykonawcy Carat Polska sp. z o.o.) na łączną kwotę 406.392,00 zł została odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. Wykonawca pomimo wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny nie potrafił wyjaśnić przyczyn zaproponowania takiej właśnie ceny. Uznać zatem należy, że cena ta została przez niego oszacowana błędnie, a zatem jego oferta podlegała odrzuceniu.

Odwołujący wyjaśnił następnie, że na cenę oferty w Postępowaniu składały się dwa składniki: suma zryczałtowanego wynagrodzenia wykonawcy oraz dodatkowa premia pieniężna w wysokości maksymalnie 20% zryczałtowanego wynagrodzenia. Zaznaczyć w tym miejscu należy, że zgodnie z postanowieniem § 6 ust. 1 lit. c pkt ii wysokość dodatkowej wypłaconej premii zależeć będzie od dokonanej przez Zamawiającego oceny usług świadczonych przez wykonawcę. Zatem całkowite, pewne wynagrodzenie wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu umowy w okresie 15 miesięcy wyniesie 80% całkowitej ceny brutto zaoferowanej przez poszczególnych wykonawców.

Odwołujący wskazał, że zespół osób zaangażowanych do rzetelnej i niezakłóconej realizacji niniejszego zamówienia po stronie domu mediowego, która daje pewność, że zamówienie zostanie wykonane należycie niezbędny do realizacji niniejszego zamówienia oraz kwoty wynagrodzeń dla jego członków przedstawiają się następująco:

Stanowisko, kwoty wynagrodzenia	Płaca zasadnicza brutto – dla umów o pracę i cywilnych miesięcznie PLN (mediana)	Zaangażowanie	Koszt miesięczny
Client Service: Media Planning/Buying & Strategic			
M08 – HEAD OF BUYING	10.100,00	15%	1.515,00
M13 – TRAINEE (Media Assistant)	2.500	100%	2.500,00
M17 – SENIOR MEDIA PLANNER/BUYER	7.000	100%	7.000,00
M18 – MEDIA PLANNER/BUYER	5.500	100%	5.500,00
M18WEB – MEDIA PLANNER/BUYER WEB	5.250	30%	1.575,00
CS02 – GROUP ACCOUNT DIRECTOR	15.000	30%	4.500,00
S04 – SENIOR STRATEGIC PLANNER	9.500	5%	475,00
S04 WEB – SENIOR STRATEGIC PLANNER WEB	11.090	5%	555,00
Suma:			23.620,00
Suma dla 15 m-cy:			354.292,50

W odniesieniu do wyjaśnień ceny oferty złożonych przez Konsorcjum Maxus Odwołujący podał, że złożyło ono ofertę na kwotę 221.400,00 zł. Jest to cena, która zawiera już w sobie 20% premii zależnej od uznania Zamawiającego. Stwierdził, że podstawowym punktem odniesienia dla oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez Zamawiającego, powiększona o właściwą stawkę podatku VAT. W przedmiotowym postępowaniu – jak wynika z protokołu Postępowania – szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT (kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia) wynosiła 15.315.960,00 zł, w tym wynagrodzenie Wykonawcy zostało oszacowane na kwotę 1.392.360,00 zł. Należy przy tym zauważyć, że podstawą ustalenia wartości przedmiotu zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy (art 32 ust. 1 Pzp), a zatem wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez zamawiającego de facto obrazuje poziom cen rynkowych.

Odwołujący stwierdził, że jak wynika z zestawienia ceny oferty złożonej przez Konsorcjum Maxus z szacunkową wartością przedmiotu zamówienia powiększoną o należyty podatek VAT, cena jego oferty jest niższa o 84 % od wartości przedmiotu zamówienia powiększonej o podatek VAT. Zatem propozycja cenowa Konsorcjum Maxus drastycznie odbiega od wyceny, jaką przeprowadził Zamawiający, wskazując na całkowite oderwanie zaoferowanej przez Konsorcjum Maxus ceny od warunków rynkowych oraz szacunków dokonanych przez Zamawiającego. W dniu 20 stycznia 2015 r. Zamawiający wezwał ww. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a tym samym wypełnił dyspozycję art. 90 ust. 1 Pzp. Wyjaśnienia udzielone przez Konsorcjum Maxus, w ocenie Odwołującego, nie dają

podstawy do stwierdzenia, że zaofferowana cena nie jest rażąco niska, a wykonawca ten będzie w stanie wykonać przedmiot zamówienia w sposób należyty i zapewniający Zamawiającemu usługę na odpowiednim poziomie, wręcz potwierdzają, że jest ona rażąco niska. Wynika z nich, że na cenę oferty złożyły się: koszty osobowe, koszty stałe oraz zysk wykonawcy. W ramach kosztów osobowych wykazano, że obsługa Zamawiającego będzie realizowana przez zespół czterech osób, tj.: Media Asistant – osoba zaangażowana w 200% pełnego etatu oraz Account Manager – osoba zaangażowana w 5% pełnego etatu. Z powyższego wynika natomiast, że do realizacji umowy wykonawca skieruje prawdopodobnie 3 osoby, z czego dwie zatrudnione na pełnym etacie, natomiast trzecia zaangażowana będzie w projekt w wysokości 5% pełnego etatu, przy czym koszt wynagrodzenia tych osób zastrzeżono jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia Konsorcjum Maxus już w tym elemencie, zdaniem Odwołującego, są bardzo ogólne, bo ww. nie wskazuje w jaki sposób chce podzielić owe 200% i 5% etatu. Tym niemniej jakichkolwiek parytetów by nie przyjmując, to przyjęte założenia są oderwane od przedmiotu zamówienia, jego zakresu i specyfiki. Zespół na który powołuje się Konsorcjum Maxus w swoich wyjaśnieniach jest daleko niewystarczający. Odwołujący wskazuje, że aby prawidłowo zrealizować przedmiot niniejszego zamówienia niezbędne jest zaangażowanie zespołu w składzie i zakresie wskazanym w tabeli powyżej.

Następnie Odwołujący podkreślił, że cena netto najniższej ze złożonych ofert i zarazem oferty uznanej za najkorzystniejszą wynosi 150.000,00 zł w zakresie przewidzianego dla wykonawcy wynagrodzenia, czyli 10.000,00 zł miesięcznie w okresie obowiązywania umowy (wkalkulowanie premii do wyliczenia kosztów pracy i obsługi jako stałego elementu wynagrodzenia świadczyłoby, zdaniem Odwołującego, o nieprawidłowym i ryzykownie optymistycznym podejściu do wyliczenia kosztów wykonania zamówienia, ale nawet wzięwszy pod uwagę tę premię nie ulega wątpliwości, że cena oferty Konsorcjum Maxus jest rażąco niska). Biorąc pod uwagę konieczne koszty wykonania przedmiotu umowy, oferowaną cenę bezsprzecznie należy uznać za rażąco niską. Powyższa tabela pokazuje, że oferowana przez Konsorcjum Maxus cena nie pokrywa choćby samego wynagrodzenia pracowników koniecznych dla prawidłowego wykonania zlecenia, nie wspominając o innych kosztach jego realizacji. Zauważyć przy tym należy, że wszystkie pozostałe oferty miały ceny przynajmniej dwukrotnie wyższe. Nie ulega też wątpliwości, że głównym, ale nie jedynym istotnym, kosztem w tej cenie są koszty osobowe. Nawet jeżeli przyjmując, że koszty stałe w wycenie Konsorcjum Maxus stanowiły 25.000,00 zł, a pozostali wykonawcy mieli koszty stałe wyższe dwukrotnie, to i tak okazuje się, że koszty osobowe w ofercie Konsorcjum Maxus były przynajmniej dwukrotnie niższe (proporcja ta w zasadzie utrzymuje się bez względu na konkretną wysokość kosztów stałych w ofercie Konsorcjum Maxus, których Odwołujący nie

zna, ponieważ zostały utajnione jako tajemnica przedsiębiorstwa).

W ocenie Odwołującego, wyjaśnienia jakie ww. przedstawił Zamawiającemu z całą pewnością nie rozwiewają wątpliwości, a jedynie potwierdzają, że cena oferty została przez wykonawcę zaniżona. Skład osobowy przeznaczony do realizacji zamówienia oraz wynagrodzenia tych osób nie odpowiadają specyfice i zakresowi przedmiotu zamówienia i zostały w sposób istotny ograniczone. Nie ulega wątpliwości, że w sposób sztuczny zostały dopasowane do zaoferowanej ceny. Ponadto Konsorcjum Maxus nie przedstawiło żadnych dowodów na potwierdzenie realności i rzetelności wyliczenia wysokości kosztów stałych, pomimo żądania Zamawiającego przedstawienia takich dowodów, co powinno skutkować uznaniem, że cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska. Tym niemniej same wyjaśnienia nie wykazały, że cena oferty nie jest rażąco niska.

Odwołujący zaznaczył, że nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, że nie należy wliczać kosztów stałych do ceny oferty, bo i tak są ponoszone. Oczywistym jest, że realizowane kontrakty mają pokryć wszystkie koszty działalności wykonawcy, nie tylko koszty osobowe. Z wyjaśnień wykonawcy nie wynika jednoznacznie, czy kalkulując cenę oferty wziął pod uwagę koszty stałe, bo jak wyjaśnił, uważa, że jest to zbędne, a wręcz nieprawidłowe, czy tylko chciał wykazać, że cena jego oferty „przy okazji” zawiera także i te koszty. Odwołujący podkreślił, że koszty te zostały ustalone na zaniżonym poziomie i nie uwzględniają rzeczywistej sytuacji finansowej Konsorcjum Maxus.

Uzasadniając zarzut związany z nieprawidłową oceną wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę VM (cena oferty: 553.500,00 zł) Odwołujący podał, że z zestawienia ceny oferty złożonej przez ww. z szacunkową wartością zamówienia powiększoną o należny podatek VAT, cena oferty jest niższa o ponad 60 % od wartości przedmiotu zamówienia, powiększonej o podatek VAT, zatem propozycja cenowa Wykonawcy VM również w sposób znaczny odbiega od wyceny, jakiej dokonał Zamawiający wskazując na całkowite oderwanie zaoferowanej przez Value Media ceny od szacunków dokonanych przez Zamawiającego.

W dniu 20 stycznia 2015 r. Zamawiający wezwał również Wykonawcę VM do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a tym samym wypełnił dyspozycję art. 90 ust 1 Pzp. Jednakże w wyjaśnieniach udzielonych przez ww. brak jest jakiegokolwiek merytorycznego uzasadnienia zaproponowanej ceny, a wywód sprowadza się do ogólnego porównania cen zaproponowanych przez pozostałych wykonawców i odniesienia się do średniej arytmetycznej cen pozostałych wykonawców. Należy zatem uznać, że wykonawca ten w ogóle nie złożył wyjaśnień. Ponadto Wykonawca VM nie złożył jakichkolwiek dowodów wraz z wyjaśnieniami, wbrew wyraźnemu żądaniu Zamawiającego, co powinno skutkować odrzuceniem jego oferty chociażby z tego tylko powodu.

Odwołujący podał, że wbrew twierdzeniom zawartym w wyjaśnieniach Zamawiający, w pkt 6.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), zdefiniował pojęcie ceny oferty jako sumę zryczałtowanego wynagrodzenia wykonawcy oraz dodatkowej premii pieniężnej w wysokości maksymalnie 20% zryczałtowanego wynagrodzenia, w przewidywanym maksymalnym okresie obowiązywania umowy (15 miesięcy), odliczonej od kwoty zryczałtowanego wynagrodzenia Wykonawcy. Wykonawca zatem doskonale zdawał sobie sprawę ze składników jakie stanowią cenę oferty.

Uzasadniając zarzut zaniechania odtajnienia formularza cenowego i referencji w ofercie Wykonawcy VM Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp Zamawiający nie ujawnia 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. Zatem przesłanką umożliwiającą zastrzeżenie poszczególnych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jest wykazanie, że informacja ta jest z punktu widzenia wykonawcy nie może być ujawniona do publicznej wiadomości.

Wykonawca VM złożył w ofercie zastrzeżenie co do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa (str. 39 oferty)., uznając tym samym, że informacje zawarte w formularzu ofertowym dotyczące oferowanych przez niego minimalnych deklarowanych opustów dla poszczególnych mediów oraz informacje zawarte w wykazie usług (wartość usług) wskazanych w treści załączonych do oferty wykazów stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego Wykonawca VM nie przedstawił uzasadnienia merytorycznego co do zastrzeżonych informacji i nie wyjaśnił – nie wykazał, że informacje przez niego zastrzeżone stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czego wymaga przecież znowelizowany art. 8 ust. 3 Pzp. Zamawiający w obliczu braku wykazania takiego charakteru zastrzeżonych informacji, powinien był je ujawnić. Ponadto wymaga zauważenia, że dokonane zastrzeżenie w ogóle nie odnosiło się do referencji, a jedynie wykazu usług. Zatem Zamawiający nie miał prawa odmówić Odwołującemu udostępniania referencji. Ponadto, jeśli referencje zawierają takie informacje, jak informacje utajnione w wykazie usług, to tym bardziej zastrzeżenie niektórych informacji w wykazie usług jako tajemnicy przedsiębiorstwa było niezasadne. Jeśli z kolei uznać, że zastrzeżenia odnoszące się do wykazu usług wywoływało niejako „automatyczny” skutek w stosunku do referencji, co jest nieuprawnione, to Zamawiający powinien był udostępnić referencje w analogicznym zakresie, co wykaz usług.

Odnosząc się natomiast do formularza cenowego Odwołujący podał, że zawiera on zestawienie opustów zaoferowanych przez wykonawcę i stanowi podstawę dla przyznania punktów ofercie. Wartość opustów stanowi tutaj niejako „substytut” ceny. Z tego powodu

ustawodawca w sposób wyraźny wyłączył możliwość odmowy ujawnienia oferty wykonawcy w odniesieniu do ceny. W świetle orzecznictwa KIO nie jest zasadną odmowa ujawnienia nie tylko całkowitej ceny oferty, ale także cen jednostkowych. Zdaniem odwołującego nie jest możliwe skuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa tej części oferty, która zawiera informację o cenach jednostkowych zaoferowanych przez wykonawcę. Przyjęcie odmiennej wykładni przepisów prowadziłoby do sytuacji, w której w ogóle nie byłoby możliwym weryfikowanie prawidłowości ofert składanych przez wykonawców konkurencyjnych przez innych wykonawców. W konsekwencji w sposób praktyczny uniemożliwiano by wykonawcom składanie odwołań w przypadku nieprawidłowego wyboru oferty konkurenta. Nie mając żadnej informacji o treści wybranej oferty inny wykonawca nie mógłby bowiem odnieść się do jej prawidłowości.

Odwołujący podkreślił, że umowa zawarta w wyniku przedmiotowego postępowania będzie jawna na zasadzie dostępu do informacji publicznych, przy czym ujawnieniu w tym trybie będzie podlegał również formularz cenowy, jako element integralnie z umową związany. Wobec tego brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania formularza cenowego złożonego przez wykonawcę Value Media za tajemnicę przedsiębiorstwa tej spółki.

Odwołujący zasygnalizował, że ocena zasadności zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na zamawiającym, który w przypadku bezzasadności zastrzeżenia obowiązany jest do ich odtajnienia. Obowiązek powyższy warunkuje prawidłowy przebieg postępowania, z zachowaniem kluczowych zasad prawa zamówień publicznych, w tym równego traktowania wykonawców, jawności postępowania oraz uczciwej konkurencji, które to zasady, wobec braku odtajnienia wskazanego dokumentu, niewątpliwie doznają uszczerbku.

Na uzasadnienie zarzutu zaniechania odtajnienia wyjaśnień Konsorcjum Maxus w zakresie rażąco niskiej ceny Odwołujący stwierdził, że zastrzegło ono jako tajemnicę przedsiębiorstwa łączną kwotę przychodu oraz kwotę kosztów stałych w roku 2014, jak również procent udziału wydatków na media Zamawiającego w przychodach ww. twierdząc, że dane te, jako informacje finansowe nie ujawnione do wiadomości publicznej, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Konsorcjum stwierdziło ponadto, że ujawnienie tych informacji może prowadzić do wyliczenia przez podmioty konkurencyjne jego zyskowności. Tymczasem przychody spółki z ograniczoną odpowiedzialnością stanowią część rocznego sprawozdania finansowego spółki, który na podstawie art. 8 w zw. z art. 8a ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o krajowym rejestrze sądowym (Dz.U.2013.1203 j.t. ze zm.) jest jawny. Brak jest zatem przesłanki uprawniającej wykonawców do utajniania tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec tego zaniechanie odtajnienia danych dotyczących przychodu Konsorcjum Maxus, jak też kosztów stałych było całkowicie bezzasadne.

Ponadto podkreślić należy, że dane te stały się jednym z głównych elementów składowych ceny, co wynika z wyjaśnień jakie złożył wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dotyczące rażąco niskiej ceny. Konsorcjum Maxus w wyjaśnieniach z dnia 27 stycznia 2015 r. stwierdziło, że obliczeń tych dokonało za pomocą prostego działania matematycznego, w którym zestawilo przychody jakie osiągnęło z tytułu wydatków na media planowane przez Zamawiającego (przez 15 miesięcy) do łącznych rocznych przychodów spółek tworzących konsorcjum w roku 2014 i pomnożonych przez 15/12, co dało mu informację jaki procent przychodów łącznych Konsorcjum Maxus stanowią wydatki stałe poniesione na media. Ujawnienie tych informacji prowadzi bowiem do ograniczenia uprawnień pozostałych uczestników postępowania do weryfikacji prawidłowości ofert składanych przez wykonawców konkurencyjnych.

Finalnie, w zakresie zarzutu naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców Odwołujący podał, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zachodzi sytuacja, w której Zamawiający nie dokonał właściwej oceny oferty Konsorcjum Maxus. Takie działanie narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, stanowiąc tym samym rażąco obrazę art. 7 ust. 1 Pzp. Podobnie zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy VM jako rażąco niskiej stanowi naruszenie tego przepisu.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosiło Konsorcjum Maxus wnosząc o oddalenie odwołania.

W piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego stwierdziło, że w zakresie zarzutu związanego z rażąco niską ceną Odwołujący – poza powoływaniem się na przepisy Pzp, dorobek anonimowej doktryny i orzecznictwo Izby – nie przedstawił dowodu na okoliczność, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę. Oczywiście jest bowiem, że nie stanowi dowodu zamieszczona w odwołaniu tabelka z wykazem osób, które miały wykonywać zamówienie w imieniu Odwołującego i ich wynagrodzeniem. Organizacja pracy, wynagrodzenie pracowników są wewnętrzną sprawą przedsiębiorcy. Twierdzenie zatem, że do wykonania przedmiotowego zamówienia niezbędna jest praca 8 osób, w tym np. na stanowiskach Group Account Director, Senior Strategic Planner, czy Senior Strategic Planner WEB stanowi jedynie pogląd Odwołującego, z którym Przystępujący całkowicie się nie zgadza.

Konsorcjum Maxus podkreśliło, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożyło wyjaśnienia, zgodnie z którymi kalkulacja ceny oferty została oparta na następujących składnikach:

1. koszty osobowe – wynagrodzenia oraz związane z nimi obciążenia

- publicznoprawne osób, które będą świadczyły pracę przy wykonywaniu umowy zawartej w przypadku udzielenia przedmiotowego zamówienia Wykonawcy;
2. koszty stałe – w odpowiedniej części; koszty stałe ponoszone przez Wykonawcę niezależnie od liczby obsługiwanych klientów ani od kwot wydatkowanych do właścicieli lub dysponentów mediów (wydatki na media);
 3. zysk.

Konsorcjum Maxus podało również, że przedstawione zostały szczegółowe wyliczenia poszczególnych składników wpływających na cenę oferty. Koszty osobowe (93 892,50 zł) oraz proporcjonalna część kosztów stałych (57 646,61 zł) stanowią łącznie kwotę kosztów związanych z obsługą Zamawiającego przez 15 miesięcy świadczenia usług na jego rzecz, tj. kwotę 151.539,11 zł brutto. Realizacja przedmiotowego zamówienia zapewniłaby więc mu zysk w wysokości 69.860,89 zł. Zaznaczyło, że stosunek ceny jego oferty do planowanych przez Zamawiającego wydatków na media, określonych w pkt 4.7 SIWZ i w piśmie Zamawiającego z dnia 20 stycznia 2015 r., wynosi 1,955%. Odpowiada on standardowej wysokości prowizji, liczonej od wydatków klienta, a stanowiącej wynagrodzenie domów mediowych oraz że złożone wyjaśnienia poparte zostały dowodami.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania przez Zamawiającego złożonych przez Konsorcjum Maxus wyjaśnień podało, że w ich treści zastrzegło ono, że łączna kwota przychodu spółek Maxus i Maxus-Warszawa w roku 2014 oraz kwota kosztów stałych tych spółek w roku 2014, jak również procent udziału wydatków na media Zamawiającego w ich przychodach stanowią tajemnicę ich przedsiębiorstw. Te informacje finansowe nie są bowiem ujawnione do wiadomości publicznej, a spółki tworzące konsorcjum podjęły niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Ujawnienie tych informacji umożliwi bowiem podmiotom konkurencyjnym wyliczenie ich zyskowności, co w sposób ewidentny może zagrażać ich interesom. Zamawiający miał więc wszelkie podstawy, by utajnić wyjaśnienia w zastrzeżonym zakresie. Bezzasadny jest zatem zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 Znk, natomiast zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 86 ust. 4 Pzp, który stanowi, że podczas otwarcia ofert podaje się nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach, jest niezrozumiały.

W ocenie Konsorcjum Maxus przedstawiona argumentacja potwierdza również brak naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, ponieważ podjęte przez niego decyzje znajdują uzasadnienie w przepisach Pzp.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Na rozprawie – uzasadniając wniosek o oddalenie odwołania w całości – wywodził, jak niżej.

Odnosząc się do zarzutu związanego z tajemnicą przedsiębiorstwa w ofercie Konsorcjum Maxus stwierdził, że informacje, których ujawnienia domaga się Odwołujący będą jawne dopiero na koniec pierwszego kwartału 2015 r., zauważając przy tym, że w sprawozdaniu finansowym nie ujawnia się informacji dotyczących kosztów stałych wynikających z działalności

Zamawiający zaznaczył ponadto, że postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) nie nakładały na wykonawców obowiązku oddelegowania określonej liczby pracowników zatrudnionych na określonych stanowiskach i posiadających określone wykształcenie, czy doświadczenie zawodowe, wobec czego zaproponowany przez Konsorcjum Maxus zespół, na który wydatki stanowiły podstawę kalkulacji ceny oferty uznał za wystarczający.

Tytułem repliki na zarzuty związane z ofertą Wykonawcy VM Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie ma interesu w ich podnoszeniu, bowiem nawet przy ewentualnym uwzględnieniu odwołania w tej części najkorzystniejszą ofertą pozostanie oferta Konsorcjum Maxus. Na potwierdzenie tej okoliczności wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści symulacji oceny punktowej ofert Odwołującego i Konsorcjum Maxus. Podał dodatkowo, że w jego ocenie zastrzeżenie informacji odnośnie wysokości opustów było skuteczne, ponieważ nie są to dane, o których mowa w przepisie art. 86 ust. 4 Pzp.

Odwołujący i Konsorcjum Maxus podtrzymali na rozprawie pisemne stanowiska. Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści:

1. ogłoszeń o naborach na wolne stanowiska (media assistant i media planner-buyer) prowadzonych przez Maxus-Warszawa sp. z o.o.,
2. oświadczenia M.D. z Initiative Media Warszawa sp. z o.o. z dnia 19 lutego 2015 r.,
3. oświadczenia P.B. – Prezesa Zarządu Codemedia S.A. z dnia 24 lutego 2015 r.,
4. dokumentu pn. „Analiza merytoryczna oferty konsorcjum MAXUS” autorstwa C.M.,
5. dokumentu pn.: „Ekspertyza w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi planowania i zakupu mediów na potrzeby reklamy publicznej Telewizji Polskiej S.A. w okresie 15 miesięcy od daty zawarcia umowy (ZP/TBMK/114/2014)” z dnia 27 lutego 2015 r. autorstwa T.C.,
6. życiorysów osób biorących udział w realizacji poprzedniego zamówienia na rzecz Zamawiającego,
7. ogłoszeń o zamówieniach w postępowaniach prowadzonych przez inne instytucje zamawiające o specyfice podobnej do przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem,

na okoliczność minimalnej liczebności zespołu osób niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia oraz ich kompetencji,

8. umowy z dnia 19 sierpnia 2013 r. zawartej pomiędzy Zamawiającym, a Konsorcjum Equinox Polska sp. z o.o., Value Media sp. z o.o. w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Usługi planowania i zakupu mediów na potrzeby reklamy publicznej TVP S.A. w okresie 18 miesięcy od daty zawarcia umowy” (znak sprawy: ZP/TBMK/61/2013),
9. ofert z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. jw., złożonych przez konsorcjum Equinox Polska sp. z o.o., Value Media sp. z o.o. oraz konsorcjum Maxus-Warszawa sp. z o.o., Maxus sp. z o.o.,

na okoliczność podobieństwa poprzednio udzielonego zamówienia do przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem, ówczesnych wymagań zamawiającego, poziomu cen zaoferowanych przez wykonawców.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie z treści symulacji oceny ofert Odwołującego i Przystępującego na potwierdzenie tezy, że Odwołujący nie ma interesu w podnoszeniu zarzutów względem oferty Wykonawcy VM, bowiem nawet przy ewentualnym uwzględnieniu odwołania w tej części najkorzystniejszą ofertą pozostanie oferta Konsorcjum Maxus.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba, wobec spełnienia przez Konsorcjum Maxus przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła ww. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

W zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania ustalono, że przytoczony w odwołaniu stan faktyczny nie był między stronami sporny.

Izba uznała, że nie potwierdziły się zarzuty względem oferty najkorzystniejszej, która złożona została przez Przystępującego.

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum Maxus nie było sporne między stronami, że w świetle znowelizowanego przepisu art. 90 ust. 1 Pzp

Zamawiający zasadnie wszczął procedurę zmierzającą do wyjaśnienia, czy nie ma do czynienia z ofertą, której cena została określona nierzetelnie, w sposób nienaturalnie odbiegający od realiów rynkowych, czy niedający gwarancji należytej realizacji zamówienia (tak bowiem w orzecznictwie i doktrynie prawa zamówień publicznych definiuje się w ogólności cenę rażąco niską). Osią sporu było natomiast zarzucane Przystępującemu błędne skalkulowanie kosztów osobowych realizacji zamówienia, stanowiących – w ocenie Odwołującego – najistotniejszy składnik cenotwórczy.

W powyższym zakresie SIWZ nie zawierała postanowień charakteryzujących szczegółowo kadrę wykonawcy mającą wziąć udział w realizacji zamówienia, której koszty zaangażowania miałyby przekładać się na cenę oferty. Ich analiza doprowadziła Izbę do wniosku, że Zamawiający pozostawił wykonawcom w tym zakresie znaczną swobodę – nie tylko nie uczynił z potencjału kadrowego warunku udziału w Postępowaniu, (por. pkt 7.1, 7.2 i 10.2.1) SIWZ), na potwierdzenie którego składa się wszakże wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia (argument z § 1 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, Dz.U.2013.231), ale w istocie sformułował w omawianej kwestii tylko jeden wymóg. W § 9 ust. 9 wzoru umowy wskazał bowiem, że dla celów realizacji kontraktu obowiązkiem wykonawcy będzie wyznaczenie czterech mówiących po polsku pracowników (w tym dwóch do wyłącznej obsługi Zamawiającego), którzy będą odpowiedzialni za bieżące kontakty z Zamawiającym oraz opiekę nad realizacją przedmiotu umowy. O ile zatem Izba nie kwestionuje istotnego wpływu kosztów osobowych na cenę oferty, o tyle stwierdza, że nie sposób na tej podstawie opierać założenia, jakoby istniał jakiś minimalny, nieprzekraczalny poziom kosztów osobowych wynikający z konieczności zatrudnienia do realizacji zamówienia osób zajmujących konkretne stanowiska (a co za tym idzie – posiadających odpowiednie wykształcenie, doświadczenie zawodowe, czy predyspozycje).

Zdaniem Izby, Zamawiający – po zapoznaniu się z treścią złożonych przez Przystępującego wyjaśnień – zasadnie uznał, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp. Konsorcjum Maxus przedstawiło obszerną, popartą dowodami argumentację, w której odniosło się do elementów mających wpływ na cenę oferty w podziale na koszty osobowe, koszty stałe i założony zysk z realizacji zamówienia. W zakresie spornych między stronami kosztów osobowych stwierdziło, że zamówienie zrealizuje za pomocą 4-osobowego zespołu, czyniąc tym samym zadość jednemu warunkowi postawionemu w tym zakresie przez Zamawiającego. Wskazało również na stanowiska, jakie będą zajmować członkowie zespołu, który będzie realizował umowę (media assistant i account manager), a co najistotniejsze –

przedstawiło kalkulację wynagrodzeń tych osób, z której wynikało, że odpowiadają one przeciętnym wynagrodzeniom zasadniczym w sektorze komunikacji marketingowej (*vide* załącznik nr 1 i 2 do wyjaśnień Konsorcjum Maxus). Zarówno to twierdzenie, jak i przedstawiony na jego poparcie dowód, nie zostały przez Odwołującego zakwestionowane, *de facto* nie odniósł się on w swoich wypowiedziach do tego aspektu wyjaśnień Przystępującego, wobec czego Izba dała im wiarę.

Skład orzekający doszedł do wniosku, że u podstaw zarzutu Odwołującego legła w istocie forsowana przez niego wizja realizacji zamówienia, różna od założeń poczynionych przez Konsorcjum Maxus w piśmie złożonym na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W konsekwencji Izba uznała, że twierdzenia Odwołującego o niezbędnej minimalnej liczebności zespołu dedykowanego do realizacji zamówienia, poziomu wykształcenia, umiejętności, doświadczenia zawodowego i zajmowanych przez jego członków stanowisk, czy wreszcie dotyczące stopnia ich zaangażowania w realizację przyszłej umowy nie tyle dawały podstawę do przyjęcia, że Przystępujący skalkulował ofertę na poziomie rażąco niskim, ile stanowiły prezentację jednego z możliwych sposobów realizacji zamówienia. Oceniając argumentację Odwołującego zwrócono uwagę, że nie odnosił on jej do konkretnych postanowień SIWZ, które wskazywałyby na wymagany przez Zamawiającego (czy chociażby sugerowany przez niego) kształt zespołu wyznaczonego do realizacji umowy (liczebność, wykształcenie, doświadczenie, itp.). W konsekwencji nie można było, zdaniem Izby, czynić Przystępującemu zarzutu skalkulowania ceny oferty na podstawie zaniżonych kosztów osobowych, skoro Zamawiający nie formułował w tym zakresie szczegółowych wymagań. Nie sposób bowiem twierdzić, że w takiej sytuacji istnieje jedyny poprawny model kalkulowania ceny oferty, do którego miałby się stosować każdy uczestnik Postępowania.

Z uwagi na powyższe Izba nie dała wiary przedstawionym przez Odwołującego na rozprawie dowodom (pkt 2-5 powyżej), stwierdzając dodatkowo, że dokumenty wymienione w pkt 2-3 powyżej zawierają zapatrywania innych podmiotów z branży, które mogłyby złożyć w Postępowaniu oferty konkurencyjne. Zawodne było również twierdzenie o braku możliwości należytej realizacji zamówienia z uwagi niewłaściwy dobór przez Przystępującego osób do tego przewidzianych (wskazanie na osoby zatrudniane na stanowisku media assistant, z pominięciem osób zatrudnionych w charakterze media planner/buyer), ponieważ zatrudnianie osoby na określonym stanowisku nie stanowi przeszkody dla powierzenia jej innych, nawet nietypowych dla niej, obowiązków. Wobec powyższego Izba uznała, że nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia o omawianym zarzucie odwołania dowody w postaci ogłoszeń o naborach na wolne stanowiska pracy (pkt 1 powyżej).

Nie mogło również odnieść skutku odwoływanie się do realiów poprzednio prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługę planowania i zakupu mediów (dowody w pkt 6, 8-9 powyżej). Należy generalnie zauważyć, że często spotykana w postępowaniach odwoławczych praktyka odwołujących opierających twierdzenia o rażąco niskich cenach na wynikach innych postępowań o udzielanie zamówień publicznych nie stanowi wystarczającej podstawy do uwzględniania takich zarzutów. Pomijając ogólny argument, że wiarygodność ceny oferty (w kontekście przepisu art. 90 ust. 1 Pzp) podlega ocenie w kontekście realiów konkretnego postępowania należy zauważyć, że dopuszczenie badania rażąco niskiej ceny w oparciu o ceny zaoferowane w innych postępowaniach wymagałoby szczegółowego porównania stopnia ich podobieństwa, tak w zakresie warunków udziału, jak i opisów przedmiotu zamówienia (przy czym, w ocenie Izby, musiałyby być one niemalże identyczne), a nadto stwierdzenia, że porównywane postępowania prowadzone były w tożsamy warunkach rynkowych, ponieważ wysokość cen jest czynnikiem charakteryzującym się podatnością na zmiany w czasie. W braku wykazania przez Odwołującego powyższych okoliczności Izba odmówiła wiarygodności dowodom opierającym się na poprzednio udzielonym zamówieniu.

Podobnie ocenione zostały przedstawione na rozprawie ogłoszenia o zamówieniach w postępowaniach prowadzonych przez inne instytucje zamawiające (pkt 7 powyżej). Z ich treści wynika bowiem, że zamawiający formułowali warunki udziału w postępowaniach w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia, wobec czego uznać należy, że niejako narzucali wykonawcom określony skład zespołu osób, które wykonywać będą zamawiane usługi. W rozpoznawanej sprawie sytuacja taka – jak wspomniano – nie miała miejsca, wobec czego omawiane dowody należało uznać za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia o zarzucie odwołania.

Reasumując, w ocenie Izby, Zamawiający dokonując oceny oferty Konsorcjum Maxus i złożonych przez nie wyjaśnień nie uchybił przepisom art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3 i art. 7 ust. 1 Pzp.

Nie potwierdził się również zarzut nieuprawnionego nieodtajnienia fragmentów wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez niego ceny. Zarzut dotyczył informacji na temat wysokości kosztów stałych, łącznej kwoty przychodów Przystępującego w 2014 r. oraz procentowego udziału wydatków na media Zamawiającego w przychodach Konsorcjum Maxus, a opierał się na twierdzeniu, że – wbrew zapatrywaniom Przystępującego – są one ujawniane w sprawozdaniu finansowym, które składane jest do sądu rejestrowego i korzysta z przymiotu jawności.

Uważna lektura uzasadnienia odwołania (pkt IV.1 i IV.2, str. 12) prowadzi jednak do wniosku, że twierdzenie powyższe Odwołujący odniósł li tylko do przychodów Konsorcjum Maxus, starając się następnie na rozprawie rozciągnąć je również na pozostałe ww. informacje. Twierdzenie owo nie zostało jednak przez Odwołującego udowodnione, a ponadto nie wynika z przepisów ustawy z dnia 29 czerwca 1994 r. o rachunkowości (Dz.U.2013.330 j.t. z późn. zm.), zwanej dalej „Ustawą”, regulujących materię sporządzania sprawozdań finansowych podmiotów do tego zobligowanych. Jak wynika z przepisu art. 45 ust. 2 Ustawy sprawozdanie finansowe składa się z bilansu, rachunku zysków i strat oraz z informacji dodatkowej obejmującej wprowadzenie do sprawozdania finansowego oraz dodatkowe informacje i objaśnienia. W kolejnych przepisach zdefiniowano poszczególne elementy sprawozdania finansowego wskazując, że w przypadku jednostek innych niż banki, zakłady ubezpieczeń, zakłady reasekuracji i jednostki mikro w rozumieniu Ustawy zawierać mają one informacje w zakresie ustalonym w załączniku nr 1 do Ustawy (por. art. 46 ust. 5 pkt 1, art. 47 ust. 4 pkt 1, art. 48 ust. 2 Ustawy). Nie obejmuje on pozycji dotyczącej kosztów stałych, a tym bardziej udziału wydatków danego podmiotu w przychodach podmiotu, którego sprawozdanie dotyczy, których to ujawnienia domagał się Odwołujący. Tym samym tak skonstruowany zarzut nie mógł odnieść skutku.

Co zaś dotyczy kwestii przychodów z działalności, co do których strony były zgodne, że podlegają ujawnieniu w sprawozdaniu finansowym Izba uznała, że ocena spełniania przez określoną informację przesłanek wynikających z przepisu art. 11 ust. 4 Znk powinna być dokonywana na dany moment. W konsekwencji, okoliczność, że określona informacja będzie upubliczniona w przyszłości nie może stanowić, w ocenie składu orzekającego, przeszkody do objęcia jej ochroną przed nastąpieniem takiego zdarzenia. Podzielić należało zatem zapatrywanie Przystępującego, że ani na dzień dokonywania oceny zasadności zastrzeżenia, ani w toku postępowania odwoławczego (czy na dzień wydania orzeczenia przez Izbę) informacja, której ujawnienia oczekiwał Odwołujący nie była ujawniona do wiadomości publicznej, ponieważ termin złożenia sprawozdania finansowego za rok 2014 jeszcze nie nadszedł.

Reasumując, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego, przy dokonywaniu oceny skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa elementów treści wyjaśnień Przystępującego, przepisu art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ZnkU i art. 7 ust. 1 Pzp. Jedynie na marginesie zasygnalizować należy, że nawet gdyby jednak podzielić w tym zakresie zapatrywania Odwołującego, to stwierdzenie naruszenia ww. przepisów Pzp nie odniosłoby skutku na wynik Postępowania, ten bowiem mógłby ulec zmianie wyłącznie w przypadku odrzucenia oferty Konsorcjum Maxus z uwagi na rażąco niską cenę.

Przechodząc do oceny zarzutów sformułowanych w odniesieniu do oferty Wykonawcy VM Izba stwierdziła, że powyższa okoliczność (wpływ na wynik Postępowania) przesądziła o oddaleniu odwołania mimo stwierdzenia ich zasadności.

Potwierdził się zarzut zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy VM na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 Pzp. Powołany przepis formułuje nakaz odrzucenia oferty wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę nie złożył ich, bądź złożył takie, które wraz z załączonymi dowodami potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Pierwszą z opisanych tam sytuacji należy, zdaniem Izby, kwalifikować jako przypadek biernej postawy adresata wezwania, tj. niejako rezygnacji z udziału w postępowaniu wyjaśniającym (innymi słowy chodzi tu o niezłożenie wyjaśnień w ogóle, jak to miało miejsce w przypadku wykonawcy Carat Polska sp. z o.o.), natomiast drugą – jako swego rodzaju przyznanie się wykonawcy do zaoferowania ceny rażąco niskiej (np. stwierdzenie, że w kalkulacjach, na których cena owa została oparta nie ujęto jakiegoś istotnego elementu cenotwórczego). Analiza treści wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę VM wskazuje, że nie odniósł się on w ogóle do wezwania Zamawiającego, bezpodstawnie kwestionując zaistnienie przesłanek powodujących konieczność zastosowania względem niego procedury przewidzianej przepisem art. 90 ust. 1 Pzp. W konsekwencji, chociaż Wykonawca VM nie pozostał bierny wobec otrzymanego wezwania, Izba uznała, że *ad casum* samo tylko formalne udzielenie odpowiedzi nie było wystarczające do spełniania warunku złożenia wyjaśnień, tym bardziej, że nie dotyczyły one w ogóle kwestii poruszonych w wezwaniu. Trzeba mieć przy tym na uwadze, że jeżeli intencją Wykonawcy VM było zakwestionowanie czynności wezwania go do złożenia wyjaśnień powinien był on rozważyć skorzystanie ze środka ochrony prawnej, który – ze względu na wartość zamówienia ustaloną w Postępowaniu – przysługiwał wykonawcom względem wszystkich działań/zaniechań Zamawiającego. *Ergo*, oferta Wykonawcy VM powinna zostać odrzucona w oparciu o przepis art. 90 ust. 3 Pzp.

Potwierdził się również zarzut naruszenia przepisu art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ZnkU w odniesieniu do oferty Wykonawcy VM. Należy mieć bowiem na względzie, że przepis art. 8 ust. 3 Pzp, w brzmieniu obowiązującym od dnia 19 października 2014 r., nakłada na wykonawcę chcącego skorzystać z ochrony informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa obowiązek wykazania spełniania przez objęte ochroną dane przesłanek wynikających z przepisu art. 11 ust. 4 ZnkU. Aktualne brzmienie przepisu art. 8 ust. 3 Pzp nie pozostawia, w ocenie składu orzekającego, wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym

dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Rolą zamawiającego nie jest już aktualnie prowadzenie jakiegokolwiek postępowania wyjaśniającego w zakresie zasadności skorzystania z tajemnicy przedsiębiorstwa, co było charakterystyczne dla postępowań o udzielanie zamówień publicznych w poprzednio obowiązującym stanie prawnym. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania i dopuszczenie możliwości złożenia przez wykonawcę wyjaśnień na wezwanie stanowiłoby *de iure et facto* naruszenie komentowanego przepisu.

W rozpoznawanej sprawie Wykonawca VM objął tajemnicą przedsiębiorstwa wysokość opustów, wykazy usług wraz z dowodami ich należytego wykonania uzasadniając swoją decyzję treścią przepisu art. 11 ust. 4 Znk. W świetle poczynionych wcześniej uwag nie sposób uznać, że ograniczając się wyłącznie do przytoczenia treści przepisu wykazał on, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W konsekwencji objęte takim zastrzeżeniem elementy oferty należało ujawnić.

W konsekwencji powyższych uchybień rację miał również Odwołujący zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba nie dopatrzyła się natomiast naruszenia przepisu art. 86 ust. 4 Pzp stwierdzając, że deklarowane opusty nie stanowią – wbrew stanowisku Odwołującego – substytutu ceny oferty (do którego to *nota bene* powołany przepis się nie odnosi), wobec czego teoretycznie mogłyby zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Komentowany przepis posługuje się pojęciem „informacji dotyczących ceny”, wobec czego brak jest podstaw do rozszerzania tego pojęcia na elementy inne niż wynikające z pojęcia samej ceny rozumianej jako wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest zobowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę (por. przepis art. 2 pkt 1 Pzp i zawarte w nim odesłanie).

Reasumując, zarzuty odwołania dotyczące Wykonawcy VM były zasadne, tym niemniej – w świetle przepisu art. 192 ust. 2 Pzp – nie mogły stanowić podstawy jego uwzględnienia, ponieważ wynik Postępowania nie uległby zmianie.

O kosztach postępowania rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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.2010.41.238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....