

Warszawa, 2019-12-11

Dolnośląskie Centrum Onkologii
we Wrocławiu
Pl. Hirszfelda 12
53-413 Wrocław

Dot. ZP/PN/56/19/NPR/JG

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nr EZP/1718/19 z dnia 06.12.2019, oraz z dnia 06 grudnia 2019 r nr EZP/1723/1 (nowy termin złożenie wyjaśnień) , w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w postępowaniu ZP/PN/56/19/NPR/JG:

GRAPH'IT Sp. z o.o.

N+parametric design MIESZKO NIEDŹWIECKI

ECM Group Polska S.A.,

dalej Konsorcjum lub wykonawca

niniejszym, składamy wyjaśnienia ws. rzekomo „rażąco niskiej ceny” oferty Konsorcjum i jednocześnie

oświadczamy, że oferta usług Konsorcjum jest rzetelna, a cena ofertowa - 3 591 600,00zł, nie jest w żaden sposób zaniżona lub rażąco niska, została skalkulowana z najwyższą starannością i uwzględnia zakładane koszty wraz ze stosowną marżą zysku, odpowiada rynkowym cenom podobnych usług i uwzględnia wszelkie elementy zamówienia, których wykonania Zamawiający oczekuje od wykonawcy. Została skalkulowana z najwyższą starannością w oparciu o bogate doświadczenie wykonawcy przy realizacji usług podobnych, warunki ekonomiczne występujące na rynku polskim, odpowiada rynkowym wartościom podobnych usług i uwzględnia wszelkie koszty i ryzyka ponoszone przez Wykonawcę podczas realizacji usługi, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz wymaganiami SIWZ uwzględniając wszystkie elementy zamówienia, których wykonania Zamawiający oczekuje od wykonawcy, wobec czego nie występują żadne przesłanki dla odrzucenia oferty.

Na etapie przygotowania oferty wykonawca przeprowadził szczegółową analizę wszelkich dokumentów załączonych do postępowania, wykorzystując do kalkulacji zarówno przepisy prawa, własną kalkulację kosztów rzeczywistych oraz zweryfikował wyniki kalkulacji porównując je do zamówień podobnych.

UWAGA: DALSZY TEKST WRAZ Z PRZYWOŁANYMI W NIM ZAŁĄCZNIKAMI STANOWI

TAJEMNICE PRZEDSIĘBIORSTWA

UWAGA: KONIEC TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA

Wyżej wymienione okoliczności są sprzyjającymi warunkami wykonywania zamówienia dostępnymi dla Wykonawcy, które umożliwiają zaferowanie Zamawiającemu atrakcyjnej ceny i jednocześnie sprawiają, iż realizacja zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ jest w pełni opłacalna.

Powyższe argumenty, jak również załączone do niniejszych wyjaśnień dokumenty bezspornie potwierdzają, że zaferowana przez Wykonawcę cena nie jest ceną nierealistyczną. Mając na uwadze przyjętą linię orzeczniczą KIO oraz stanowisko prezentowane przez Urząd Zamówień Publicznych, należy przyjąć, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać jedynie ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Ceną rażąco niską będzie zatem cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi. W przypadku ceny wskazanej przez Wykonawcę w tym postępowaniu nie zachodzi w/w przesłanka, co należycie zostało wykazane przez Wykonawcę, a zatem cena zaproponowana przez Wykonawcę w złożonej przez niego ofercie nie może zostać uznana za cenę nierealistyczną, a co za tym idzie – za cenę rażąco niską.

Jednocześnie zastrzegamy, że odpowiednio oznaczona część przedstawionych wyjaśnień oraz przywołane dowody (załączniki) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art.11 ust.2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r., poz. 419 z późn. zm.).

W ocenie Wykonawcy zastrzeżone w niniejszym piśmie informacje odnoszą się bezpośrednio do założeń przyjętych przez Wykonawcę jako podstawa kalkulacji ceny i stanowią dla Wykonawcy szczególną wartość gospodarczą, organizacyjną i handlową. Wykonawca oświadcza, że przedmiotowe informacje nie były publikowane lub udostępniane osobom trzecim, nieuprawnionym do powzięcia tych informacji. Wykonawca zapewnił ochronę przedmiotowych danych także poprzez stosowanie systemu obiegu dokumentów, który zapewnia zindywidualizowany dostęp do dedykowanych dokumentów.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk 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.

Adekwatne również dla aktualnego brzmienia definicji tajemnicy przedsiębiorstwa pozostaje stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 października 2000r. (syg .akt ICKN 304/2000. OSNC 2001.4 poz. 59).

Powszechnie przyjmuje się zdaniem SN, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznaną, ale nie będzie tajemnicą. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy inny przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano. Jednocześnie "tajemnica" nie traci zaś swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, którym przedsiębiorca powierza informację. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji powinno prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Traktowanie danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania w celu ochrony tych informacji przed dostępem osób trzecich działających w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań, niestandardowych działań (orzeczenie SN – Izba cywilna z dnia 6 czerwca 2003 r IV CKN 211/01)

Kolejnym elementem tajemnicy przedsiębiorstwa jest warunek że zakres informacji objętych tajemnicą nie może być ujawniony do publicznej wiadomości , co oznacza że nie może to być informacja znana ogółowi, lub osobom które ze względu na prowadzoną działalność (inny wykonawca) będą zainteresowane pozyskaniem tych informacji.

Przedstawione w wyjaśnieniach dotyczących Ceny informacje spełniają powyżej opisane warunki.

Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach (i załącznikach do nich) ujawnia sposób kalkulacji ceny bezpośrednio wynikającą z posiadanego przez wykonawcę doświadczenia w zakresie realizacji tożsamych usług dla kontraktów drogowych realizowanych na rzecz GDDKiA lub doświadczenia w tym zakresie personelu którym dysponuje do realizacji przedmiotowej usługi. Posiadane doświadczenie oraz wiedza zatrudnionego personelu umożliwia Wykonawcy kalkulację ceny na odpowiednim poziomie rynkowym, umożliwiającym pozyskanie zamówienia oraz jego realizację zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że przedmiotowe informacje mają charakter organizacyjny, techniczny oraz handlowy o znacznej wartości gospodarczej dla Wykonawcy. Przekazane w wyjaśnieniach informacje potwierdzają szczególną wiedzę Wykonawcy (know-how), która decyduje o jego przewadze konkurencyjnej na rynku.

Załączone do niniejszych wyjaśnień dokumenty – szczegółowy harmonogram przedstawiający zakładane zaangażowanie oraz wynagrodzenie poszczególnych członków personelu, jak również imienne oświadczenia konkretnych osób deklarujące ich udział na określonym stanowisku i na określonych warunkach. Szczegółowe informacje personalne i finansowe zawarte w tych dokumentach jednoznacznie wskazują na ich istotną wartość gospodarczą, a ich ujawnienie, szczególnie podmiotom konkurencyjnym grozi poniesieniem przez Wykonawcę realnej szkody.

Ujawnienie zastrzeżonych informacji narusza interes Wykonawcy związany z jego pozycją na rynku konkurencyjnym, wpływając na możliwość realnego i uczciwego konkutowania z innymi wykonawcami w toku ubiegania się o udzielenie innych zamówień obejmujących taki sam lub zbliżony przedmiot. Nie budzi wątpliwości, iż wiedza, co do okoliczności właściwych konkurentom, ma istotny wpływ na uzyskanie kolejnych zamówień, ze względu na możliwość zaoferowania konkurencyjnej ceny. Poza tym, know-how Wykonawcy wpływając korzystnie na możliwość obniżenia ceny lub sprawną i należyłą realizację zamówienia, zwiększa jego przewagę konkurencyjną nad pozostałymi uczestnikami rynku, tak długo, jak jest dostępne tylko temu Wykonawcy. Zastrzeżone informacje ujawniają również relacje handlowe Wykonawcy, z którymi Wykonawca współpracuje przy realizacji usług takich, jak objęte przedmiotem zamówienia.

Wskazać należy na utrwalony w orzecznictwie KIO i w praktyce postępowań o udzielenie zamówienia publicznego pogląd, co do poufnego charakteru tej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny, która zawiera listę czynników cenotwórczych, jak również informacje dotyczące właściwego danemu wykonawcy sposobu obliczania ceny oferty oraz wykonania zamówienia, w szczególności zaś – kalkulacji i dowodów załączanych do wyjaśnień. Pogląd ten pozostaje aktualny pomimo zmiany ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zasadność uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny znajduje potwierdzenie również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, m.in.:

- a) Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO/ 1432/12, zgodnie z którym: *"(...) zawarcie w treści wyjaśnień informacji dotyczących podejmowanych przez wykonawcę działań mających na celu obniżenie stosowanych cen, może uzasadniać uznanie tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, która nie podlega ujawnieniu. Informacje tego rodzaju, stanowiące element konkurowania na rynku i sposobu uzyskiwania przewagi nad innymi wykonawcami, wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Z powyższych względów Izba nie dopatrzyła się działaniach Zamawiającego w tym zakresie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych."*
- b) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2013 r., sygn. akt: KIO 175/13: *"(...) zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (...)"* (wyrok SO w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07). *Informacje te powstają bowiem na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne. Tak więc informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii (kosztorysy i struktura zatrudnienia) spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią jego know-how, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej."*
- c) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 2835/12: *"W wyroku sygn. akt KIO 228/11, którego rozstrzygnięcie podziela skład orzekający rozpoznający odwołanie, wyrok znalazł także odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby, Izba uznała, że: uprawniona była czynność w zakresie utajnienia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji złożonych w toku wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Tym samym skład orzekający podzielił stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku sygn. akt KIO 2721/10, 2728/10. Przekazane przez wykonawcę Przystępującego informacje, co do których zastrzegł, iż są one tajemnicą przedsiębiorstwa, stanowiły rozwinięcie elementów kosztowych, wskazujących na sposób kalkulacji ceny złożonej oferty. Zawierały także informacje, których wykonawca nie udostępnił na zewnątrz, np. wysokość naliczanej marży. (...) Wypełniona w ocenie składu orzekającego została definicja pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...). Zgodnie z art. 11 ust. 4 wskazanej ustawy przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności."*

Wykonawca wskazuje że z pojedynczych informacji, wybiórczo udostępnionym osobom trzecim lub ich kompilacji, inni wykonawcy są w stanie dowiedzieć się w jaki sposób Wykonawca zamierza wykonać przedmiot zamówienia oraz jaką metodykę przyjmuje w realizacji podobnych usług.

Potwierdza to konieczność uznania za tajemnice przedsiębiorstwa także informacji cząstkowych które samodzielnie nie mogły by nie spełnić definicji tajemnicy przedsiębiorstwa jednak w zestawieniu z innymi ogólnie dostępnymi danymi ją stanowią – nowelizacja z dnia 5 lipca 2018 roku ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Należy zauważyć że kompilacja przekazanych w wyjaśnieniach informacji stanowi unikatowe dedykowane tylko dla tego zamówienia opracowanie,. Unikalne stosowane przez Wykonawcę procedury i procesy , organizacja pracy i wiedza zespołu stanowiące podstawę wyceny oferty, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa pilnie strzeżoną przez Wykonawcę na każdym etapie jego działalności.

Wykonawca dbając o zachowanie tajemnicy przedsiębiorstwa podjął szerokie działania na etapie przygotowania przedmiotowych wyjaśnień do treści oferty. Dostęp do treści przedmiotowych wyjaśnień, jak i procedury szacowania wartości oferty ma ograniczona liczba osób, wyselekcjonowana w celu złożenia danej oferty i pozyskania zamówienia. Wyznaczone osoby zostały zobowiązane do zachowania poufności, informacje nie zostały więc nigdy ujawnione osobom trzecim, nie związanym bezpośrednio z procesem składania oferty. Należy pamiętać że obowiązek zachowania poufności zastrzeżonych informacji jest jednym z podstawowych obowiązków pracowniczych wynikający z art. 100 § 2 pkt 4 Kodeksu pracy. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 2 marca 2011,HPK 204/10 „*powinności określone w art. 100 § 2 pkt 4 k.p. są ustanowieniem szczególnej zasady lojalności pracownika względem pracodawcy z której wynika przede wszystkim obowiązek powstrzymania się pracownika od działań zmierzających do wyrządzenia pracodawcy szkody ,czy nawet ocenianych jako działania na niekorzyść pracodawcy . W takich sytuacjach zachowanie pracownika powinno być oceniane w ten sposób ,że nacisk należy położyć nie tyle na zawiniony (niezawiniony) bądź też legalny (bezprawny) charakter jego zachowania się, ile na zachowanie przez niego lojalności względem pracodawcy.*”

Kwestie art. 100 § 2 pkt 4 k.p porusza także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r ICKN 304/00 OSNC 2001nr 4 poz 59; „*tak informacja jest tajemnicą, gdy przedsiębiorca ma wole , choćby dorozumianą aby pozostała ona tajemnicą i wola ta musi być dla innych osób rozpoznawalna. Informacja nie traci charakteru tajemnicy, gdy wie o niej ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji. Obowiązek przestrzegania tajemnicy nie zależy od sposobu uzyskania należycie utajnionej informacji. Decyzja o utajnieniu informacji powinna opierać się na uzasadnionym przypuszczeniu, że dana wiadomość nie jest publicznie znana, jej ujawnienie zagraża istotnym interesom przedsiębiorcy oraz że może ona być uważana za poufną w świetle zwyczajów i praktyk danej branży lub zawodu*”

Z powyższego wynika że obowiązki pracownika dotyczące ochrony tajemnicy pracodawcy jest szeroki i ma charakter bezwzględny niezależnie od dodatkowo wprowadzonych procedur.

Dokumenty mają określone dekrety i są przechowywane w systemie informatycznym na własnym serwerze ECM ze ścisłym podziałem dostępu dla pracowników na działy i dane foldery. Osoby bezpośrednio zajmujące się ofertowaniem są zobowiązane do zachowania tajemnicy odpowiednimi instrukcjami zawierające klauzule o zachowaniu tajemnicy. Wykonawca w taki sposób zachowuje należyte środki ochrony, aby przedmiotowymi dokumentami dla danego postępowania, nie dysponował jakkolwiek inny podmiot lub osoba do tego nieuprawniona. Brak jest dostępu na zwykłej drodze do danych zawartych w złożonych wyjaśnieniach. W celu potwierdzenia ochrony informacji niejawnych wykonawca załącza oświadczenie personelu działu ofertowania o zachowaniu poufności.

Dowód: Oświadczenie o zachowaniu danych w poufności

Jednocześnie wskazuję, że zgodnie z art. 11 ust. 4 uznk „Wykorzystanie lub ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności gdy następuje bez zgody uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi i narusza obowiązek ograniczenia ich wykorzystywania lub ujawniania wynikający z ustawy, czynności prawnej lub z innego aktu albo gdy zostało dokonane przez osobę, która pozyskała te informacje, dokonując czynu nieuczciwej konkurencji.” ECM nie wyraża zgody na korzystanie ze wskazanych powyżej informacji lub rozporządzanie nimi.

Biorąc pod uwagę, iż Wykonawca prawidłowo skorzystał z uprawnienia wynikającego z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, jak również wykazał powyżej spełnienie przez zastrzeżone informacje wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wnosimy o nieudostępnianie ich podmiotom nieuprawnionym, w szczególności innym wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Zważywszy, iż nawet jednorazowe ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, może mieć dla Wykonawcy istotne znaczenie, zastrzegamy, iż jeżeli przedstawione wyjaśnienia budzą w jakimkolwiek zakresie wątpliwości Zamawiającego lub wymagają dalszego uszczegółowienia, wyrażamy gotowość do udzielenia Zamawiającemu dalszych wyjaśnień. Dlatego, przed podjęciem decyzji, co odtajnienia jakichkolwiek informacji podlegających zastrzeżeniu zgodnie z oświadczeniem Wykonawcy, wnosimy o wcześniejsze poinformowanie Wykonawcy, o zakresie budzącym wątpliwości Zamawiającego i umożliwienie mu ustosunkowania się do decyzji Zamawiającego lub skorzystania z przysługujących w tym zakresie środków ochrony prawnej.