

WYROK

z dnia 23 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Anna Osiecka**
Protokolant: **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **Zakład Zieleni Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto st. Warszawa Dzielnica Ursynów** przy udziale wykonawcy **AG Complex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

- 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Zakład Zieleni Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Zakład Zieleni Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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:.....

Sygn. akt KIO 3210/20

Uzasadnienie

Miasto st. Warszawa Dzielnica Ursynów, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Utrzymanie zieleni parkowej Dzielnicy Ursynów - z podziałem na zadania: zadanie 1. Park Przy Bażantami, zadanie 2. Park Moczydelko, zadanie 3. Park Lasek Brzozowyw* podzialem na zadania. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 września 2020 r. pod numerem 2020/S 175-423109.

W dniu 4 grudnia 2020 r. wykonawca Zakład Zieleni Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie w zakresie zadania 1 i 2, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez wybór oferty wykonawcy AG Complex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „AG Complex”, jako najkorzystniejszej w częściach 1 i 2 zamówienia, pomimo iż oferty te podlegały odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę zaproponowaną przez wykonawcę oraz z ostrożności naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, bowiem (jak mniema Odwołujący) oferty zawierają niepoprawialne błędy w obliczeniu ceny i kosztów;
- 2) art. 90 ust. 1 pkt 1-5 ustawy Pzp poprzez brak zwrócenia się do wykonawców AG Complex oraz W. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą F. W. Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze z siedzibą w Pułtusk, dalej „W. F.”, o udzielenie pełnych, wiarygodnych wyjaśnień oraz złożenia dowodów wykazujących, iż ceny zaproponowane na realizację części 1 i 2 zamówienia nie są rażąco niskie, w szczególności poprzez złożenie informacji o cenach i kosztach jednostkowych wykonania każdej z usług składających się na wykonanie zamówienia wraz z dowodami, w szczególności wedle treści załączników 7a i 7b do SIWZ, co uniemożliwia dokonanie obiektywnej, rzetelnej i zgodnej z zasadami uczciwej konkurencji kontroli poczyną wykonawców oraz uniemożliwia dokonanie oceny zgodności zachowań z prawem zarówno tych wykonawców, jak i oceny dokonanej przez Zamawiającego oraz czyni iluzoryczną ochronę prawną statuowaną ww. przepisami, jak i art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

a w konsekwencji powyższego naruszenie:

3) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez brak prawidłowej oceny ofert wykonawców AG Complex Spółki z o.o. i W. F. pod kątem złożenia przez tych wykonawców ofert na wykonanie części 1 i 2 zamówienia, zawierających ceny rażąco niskie;

4) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i jednocześnie niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu poprzez zaniechanie żądania i wyegzekwowania we właściwy sposób udzielenia wyjaśnień oraz złożenia dowodów wykazujących, iż ceny zaproponowane przez tych wykonawców na realizację części 1 i 2 zamówienia nie są rażąco niskie, w szczególności poprzez zaniechanie żądania złożenia pełnej, wyczerpującej informacji o cenach i kosztach jednostkowych wykonania każdej z usług składających się na wykonanie zamówienia wraz z dowodami, jak i poprzez utajnienie części dokumentacji złożonej przez wykonawcę AG Complex, w szczególności dokumentów wyjaśniających elementy składające się na zaoferowaną cenę, w szczególności, choć nie

wyłącznie, poprzez odniesienie się do pozycji z załącznika nr 7a i 7b do SIWZ, co umożliwiła obiektywną, zewnętrzną kontrolę poczynił Zamawiającego, mimo braku podstaw ku takiemu postąpieniu Zamawiającego w niniejszym w postępowaniu i przy takim rodzaju usług, których wykonanie jest stosunkowo proste, polega na prostych pracach, nie wymaga korzystania z zaawansowanej technologii, przedmiotów praw własności przemysłowej, szczególnych, nadzwyczajnych i specjalistycznych umiejętności, co implikuje w sobie a *limine* brak informacji, którym można by nadać status tajemnicy przedsiębiorstwa chronionej przepisami o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bądź jakimikolwiek innymi;

5)art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców AG Complex oraz W. F. w części 1 i 2, a to wobec złożenia przez nich ofert zawierających rażąco niską cenę oraz z ostrożności naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, bowiem (jak mniema Odwołujący) oferty zawierają niepoprawialne błędy w obliczeniu ceny i kosztów;

6)art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców AG Complex oraz W. F., mimo że ich złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegający na zaoferowaniu sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych, dokonania ponownego badania ofert wykonawców AG Complex oraz W. F. pod kątem weryfikacji, czy oferty tych wykonawców nie zawierają cen rażąco niskich, poprzez żądanie udzielenia przez tych wykonawców wyjaśnień oraz złożenia dowodów, w tym w szczególności złożenia formularza cenowego, zgodnie z SIWZ oraz złożenia informacji o cenach i kosztach jednostkowych wykonania każdej z usług składających się na wykonanie zamówienia wraz z dowodami, które wykażą że ceny jednostkowe, jakie proponują wykonawcy i koszty, które to czynniki składają się na cenę finalną oraz umożliwiają ocenę złożonych ofert pod kątem zaoferowanie ceny rażąco niskiej przez każdego z wykonawców, w szczególności dokonanie kontroli poprzez zażądanie odniesienia się przez wykonawców do pozycji załącznika nr 7a do SIWZ i szczegółową analizę wyjaśnień w tym zakresie; odtajnienia wyjaśnień i dokumentów złożonych przez W. F. oraz odtajnienia dokumentów objętych przez AG Complex tajemnicą przedsiębiorstwa, w tym w szczególności odtajnienie (lub nie utajnianie) wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny wraz ze wszelkimi załącznikami złożonymi przez wykonawców, w tym dokumentami wyjaśniającymi cenę w odniesieniu do załącznika 7a do SIWZ; doręczenia Odwołującemu wyjaśnień obu ww. wykonawców, wraz z dowodami; powtórzenia czynności badania i oceny ofert; odrzucenia oferty AG Complex oraz oferty W. F., jako zawierających rażąco niską cenę i których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji; wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego w dniu 10 grudnia 2020 r. przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca AG Complex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej również „Przystępujący”.

Zamawiający pismem z dnia 17 grudnia 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert wykonawców, informacji z przeprowadzonej aukcji elektronicznej, wyjaśnień składanych przez wykonawców w odpowiedzi na wezwanie dotyczące rażąco niskiej ceny, informacji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 21 grudnia 2020 r. wraz z dowodami przedłożonymi na rozprawie.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest utrzymanie zieleni parkowej Dzielnicy Ursynów - z podziałem na zadania: zadanie 1. Park Przy Bażantarni, zadanie 2. Park Moczydelko, zadanie 3. Park Lasek Brzozowy w podziale na trzy zadania.

Zgodnie z pkt 16 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”, 1) Wykonawca w formularzu ofertowym określi maksymalną cenę ofertową brutto (z należnym podatkiem VAT) za wykonanie przedmiotu zamówienia dla Zadania 1 i/lub dla Zadania 2 i/lub dla Zadania 3. Szczegółowy sposób obliczenia powyższej ceny określa pkt 16.2-16.7 SIWZ. 2) Podstawą obliczenia maksymalnej ceny ofertowej brutto, jest przedmiot zamówienia szczegółowo opisany w pkt. 6 SIWZ oraz w: - Szczegółowym opisie oraz standardach technicznych wykonania przedmiotu zamówienia, stanowiącym odpowiednio załącznik nr 6a do SIWZ dla Zadania 1, Załącznik nr 6b do SIWZ dla Zadania 2 oraz Załącznik nr 6c do SIWZ dla Zadania 3. - Formularzu cenowym, stanowiącym odpowiednio załącznik nr 7a do SIWZ dla Zadania 1, załącznik nr 7b do SIWZ dla Zadania 2 oraz załącznik nr 7c do SIWZ dla Zadania 3. (Zamawiający na etapie składania ofert NIE WYMAGA załączenia FORMULARZA CENOWEGO). W przypadku gdy Wykonawca złoży wraz z ofertą formularz cenowy, Zamawiający nie będzie badał i sprawdzał prawidłowości jego sporządzenia. Zamawiający będzie wymagał formularza cenowego dopiero od Wykonawcy którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza. Maksymalna cena ofertowa brutto podana przez Wykonawcę w formularzu ofertowym musi być zgodna z łączną ceną formularza cenowego. Jeżeli wybór najkorzystniejszej oferty zostanie dokonany z wykorzystaniem aukcji elektronicznej to ceny jednostkowe poszczególnych usług mają zostać określone tak, aby maksymalna cena zamówienia brutto była, co najwyżej równa cenie realizacji, która wygrała aukcję elektroniczną. Uwaga! należy wycenić wszystkie pozycje formularza cenowego! - wzorze umowy, stanowiącym odpowiednio załącznik nr 8a do SIWZ dla Zadania 1, Załącznik nr 8b do SIWZ dla Zadania 2 oraz Załącznik nr 8c do SIWZ dla Zadania 3. 3) Ceny jednostkowe określone przez Wykonawcę w formularzu cenowym dla ustalenia maksymalnej ceny ofertowej brutto służyć będą po podpisaniu umowy do rozliczeń pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą za faktycznie wykonane prace. Ceny jednostkowe obowiązywać będą przez cały okres realizacji umowy i nie będą podlegać podwyższeniu. Ilości oraz krotności zawarte w formularzu cenowym są ilościami orientacyjnymi i mogą ulec zmianie w zależności od ilości wykonywanych usług. W stosunku do powyższego Wykonawca nie będzie przysługiwać roszczenie względem Zamawiającego. 4) W maksymalnej cenie ofertowej, w tym w cenach jednostkowych zawartych w Formularzu cenowym, stanowiącym załącznik nr 7a do SIWZ dla Zadania 1 i/lub Załącznik nr

7b do SIWZ dla Zadania 2 i/lub Załącznik nr 7c do SIWZ dla Zadania 3, muszą być zawarte wszelkie koszty wykonanie prac, w tym między innymi koszty robocizny, sprzętu, materiałów, dozoru prac, wyjazdów z inspektorem w celu kontroli i odbiorów prac oraz innych czynności niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy, a także podatek od towarów i usług (VAT), jeśli jest należny, oraz innych czynności niezbędnych do wykonania Przedmiotu umowy.

Zgodnie z pkt 27.4 SIWZ wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą odpowiednio dla każdego zadania, przed podpisaniem umowy, w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, winien złożyć Zamawiającemu m.in. Wypełniony Formularz Cenowy (uwzględniający wynik aukcji elektronicznej jeżeli była przeprowadzona) wg załącznika odpowiednio nr 7a do SIWZ dla Zadania 1 i/lub załącznika nr 7b do SIWZ dla Zadania 2 i/lub załącznika nr 7c do SIWZ dla Zadania 3.

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 2.871.079,16 zł, w tym dla części 1 - 1.172.915,12 zł, dla części 2 – 358.871,13 zł, a wartość przewidywanych zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp została określona na kwotę 970.000 zł, z czego dla części 1 – 650.000 zł, a dla części 2 – 160.000 zł. Według informacji zamieszczonej w protokole postępowania, wartość zamówienia została ustalona na podstawie łącznej wartości zamówień tego samego rodzaju, udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług oraz prognozowanego na rok 2020 średniorocznego wskaźnika towarów i usług konsumpcyjnych ogółem oraz cen rynkowych. Podana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 2.066.875,11 zł, z czego dla części 1 – 1.278.714,45 zł, a dla części 2 – 390.160,25 zł.

W wyznaczonym terminie wykonawca AG Complex złożył ofertę w zakresie części 1 na kwotę 2.009.879,17 zł, a w zakresie części 2 na kwotę 470.626,45 zł. wykonawca W. F. złożył ofertę w zakresie części 1 na kwotę 1.578.000 zł, a w zakresie części 2 na kwotę 490.000 zł. Odwołujący złożył ofertę w zakresie części 1 na kwotę 3.927.897,40 zł, a w zakresie części 2 na kwotę 562.856,50 zł.

Zamawiający przewidział wybór najkorzystniejszej oferty przy wykorzystaniu aukcji elektronicznej. 22 października 2020 r. odbyła się aukcja elektroniczna w zakresie zadania 1, w wyniku której Przystępujący podał cenę 870.710 zł, W. F. - 874.709,99 zł, Odwołujący – 1.260.000 zł. 28 października 2020 r. odbyła się aukcja elektroniczna w zakresie zadania 2, w wyniku której Przystępujący podał cenę 248.997,90 zł, W. F. – 249.997,89 zł, Odwołujący – 390.000 zł.

Pismem z dnia 23 października 2020 r. (w zakresie Zadania 1) oraz pismem z dnia 30 października 2020 r. (w zakresie Zadania 2) Zamawiający skierował do wykonawców, tj. Przystępującego oraz W. F. wezwanie do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, równocześnie wskazując, że wyjaśnienia należy złożyć w odniesieniu do prac określonych w formularzu cenowym dla zadania, stanowiącym odpowiednio załącznik nr 7a, 7b do SIWZ, z uwzględnieniem obowiązku zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących prace polegające na opróżnianiu koszy na odpady i koszeniu trawników.

Wykonawca W. F. złożył wyjaśnienia, w których oświadczył, że elementami wpływającymi w kluczowy sposób na wysokość złożonej oferty są następujące czynniki: - wieloletnie doświadczenie nabyte podczas realizacji zamówień związanych z utrzymaniem i pielęgnacją zieleni wzdłuż dróg krajowych, wojewódzkich i powiatowych oraz zieleni parkowej na terenie m.st. Warszawy, co umożliwia dobre koordynowanie zespołem pracowników przewidzianych do realizacji zadań; - posiadanie własnego sprzętu i urządzeń do realizacji przedmiotu zamówienia co skutkuje niższymi kosztami oraz brakiem konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z wynajmem sprzętu; - zastosowanie profesjonalnego sprzętu do koszenia, który w znacznym stopniu skraca czas koszenia i zbieranie trawy, co wpływa w znaczący sposób na ograniczeniu kosztów robocizny; - realizacja zamówienia w 2021 roku w zakresie pielęgnacji zieleni w pasach drogowych Śródmieście - pozwoli na ograniczenie kosztów w zakresie nadzoru, transportu pracowników, narzędzi oraz sprzętu co ma znaczący wpływ na ograniczenie kosztów związanych z realizacją umowy; - powierzenie zadań firmie podwykonawczej w zakresie realizowania zadań związanych m.in. z pracami ogrodniczymi i remontowymi; - preferencyjne ceny na zakup materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia; - zapasy materiałów m.in. : desek, piasku, farby, oleju i innych niezbędnych do realizacji zamówienie. Równocześnie wskazał w zakresie zadania 1 na: koszty pracownicze związane z realizacją umowy, uwzględniające zatrudnienie osób na umowę na prace w zakresie opróżniania koszy i koszenia trawników – 354 000,00 zł brutto; koszty za utylizację odpadów – 76 000,00 zł brutto; koszty związane z eksploatacją pojazdów oraz urządzeń do koszenia, wycinki drzew, i innych niezbędnych do realizacji zamówienia – 25 000,00 zł brutto; inne koszty zawiązane z realizacją zamówienia (m.in. farba do malowania, siatka, paliki, taśmy, kora, nasiona trawy, ziemia, materiał roślinny, nawozy, wiązania, deski, podatki, opłaty, piasek, itp.) – 380.000,00 zł brutto oraz zysk w wysokości około 4,5%. W zakresie zadania 2 wykonawca wskazał odpowiednio, że koszty pracownicze związane z realizacją umowy wyniosą 90 000,00 zł brutto; koszty za utylizację odpadów – 20 000,00 zł brutto; koszty związane z eksploatacją pojazdów oraz urządzeń – 5 000,00 zł brutto; inne koszty - 124 000,00 zł brutto, a zysk wyniesie około 4,3%. Dodatkowo podkreślał, że aktualnie realizuje umowy związane z utrzymaniem zieleni parkowej terenie objętym zamówieniem, a pracownicy, którzy zajmują się parkami znają dokładnie każdy obiekt i jego specyfikę.

Przystępujący zaś złożył wyjaśnienia wraz z szczegółowymi wyliczeniami, przykładową umową z pracownikiem o zachowaniu poufności, uchwałą zarządu w sprawie wprowadzenia polityki bezpieczeństwa, kopiami faktur oraz umową na przyjmowanie odpadów. Całość została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdzie w uzasadnieniu wskazano, że wyjaśnienia stanowią informacje zarówno organizacyjne, jak i handlowe, posiadające wartość gospodarczą, bowiem wiążą się z działalnością operacyjną, obrazują sposób pozyskania zasobów i kalkulacji ceny (zawierają stawki, operują konkretnymi danymi, dowodami i dokumentami zawierającymi informacje o posiadanych konkretnym sprzęcie, imionach i nazwiskach pracowników i posiadanych przez nich kwalifikacji, miejscu pozyskania materiałów oraz ich cenie i planowanej ilości ich wykorzystania na potrzeby tego konkretnego zamówienia, wskazują zysk, stawki wynagrodzeń pracowników), co jest enumeratywnym elementem budowania strategii cenowej w ofercie. Jednocześnie ww. informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, gdyż informacje o charakterze organizacyjnym, jak i informacje na temat sposobu kalkulowania cen nie są dostępne w sposób, który umożliwiłby nieuprawnionym pracownikom, jak i innym podmiotom, zapoznanie się z nimi na zwykłej i dozwolonej drodze, a Przystępujący nie udostępnia i nie przekazuje tych informacji do powszechnych źródeł komunikacji. Dodatkowo Przystępujący podjął w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności, tj. przyjął i realizuje własne polityki bezpieczeństwa w celu zabezpieczenia tych informacji przed ujawnieniem, zarówno przez pracowników, jak i przez inne podmioty, mające dostęp do tych informacji, dostęp do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, których dotyczy niniejsze zastrzeżenie, ma określona grupa pracowników, jeżeli oferta handlowa (wycena, faktura)

dokonana przez kontrahentów współpracujących zawiera zastrzeżenie poufności, to stosownie do art. 72¹ § 1 Kodeksu Cywilnego, Przystępujący również zobowiązany jest do zachowania ich poufności. Przystępujący podnosił nadto, że ujawnienie zastrzeżonych części wyjaśnień wysokości ceny, szczegółowych kalkulacji ceny wraz z załącznikami, jak i samych wyjaśnień, może narazić go na szkodę zarówno majątkową oraz niemajątkową – utratę renomy na rynku branżowym.

Zamawiający ostatecznie postanowił nie odtajnić wyjaśnień wraz z załącznikami Przystępującego i w dniu 24 listopada 2020 r. poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego w zakresie zadania 1 i 2 zamówienia.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ustawa Pzp nie definiuje rażąco niskiej ceny, niemniej punktem odniesienia winien być przedmiot zamówienia. Zatem, należy przyjąć, że rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie wystarczy więc, aby cena zasadniczo odbiegała od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Istotne, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne. Musi to być cena rażąco niska w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia, uwzględniającego specyfikę rynku, w tym przypadku specyfikę świadczenia usług.

Zdaniem Izby, wyjaśnienia złożone przez Przystępującego przedstawiały sposób kalkulacji ceny, który potwierdził jej realność. Przystępujący przedłożył szczegółową kalkulację prac, obejmującą wyliczenie wartości robocizny, w tym nadzoru, wyliczenie wartości pracy sprzętu, wyliczenie wartości materiałów, w tym ceny za cebule, krzewy, drzewa, nawożenie oraz korę, wyliczenie wartości utylizacji oraz koszty pośrednie, a także zysk.

Izba wskazuje, iż podnoszona przez Odwołującego okoliczność, iż kluczowe znaczenie w kalkulacji kosztów ma koszt pracy osób skierowanych do realizacji zamówienia, znajduje potwierdzenie w treści wyjaśnień Przystępującego, które oparte są o wyliczenia w zakresie liczby pracowników, wynagrodzenia miesięcznego każdego z nich, liczby miesięcy. Przyjęte w kalkulacji stawki wynagrodzeń pracowników znajdują odzwierciedlenie w poczynionych i szczegółowo opisanych przez Przystępującego założeniach.

Ponadto Izba stwierdziła, iż treść kalkulacji Przystępującego wskazuje na uwzględnienie przez niego w cenie wszystkich tych czynników kosztowych, na które Odwołujący wskazywał na rozprawie, w szczególności takich jak koszty pracy, koszt kory, koszt nawozów, koszt cebulek, koszt utylizacji odpadów. Przy czym w tym kontekście Izba wskazuje, iż bez znaczenia pozostaje przyjęta przez Przystępującego nomenklatura czy sposób ujęcia określonych kosztów w poszczególnych pozycjach kosztotwórczych. Skoro istnieją różne metody kalkulacji kosztów przez wykonawców, wynikające ze stosowanej przez nich polityki i przyjętych uwarunkowań, może się zdarzyć, że zastosowane metodologie obliczenia ceny oferty będą różniły się znacznie pomiędzy przedsiębiorcami, nawet w sytuacji, gdy działają oni w tym samym segmencie rynku. Nie istnieje jeden optymalny i wymagany kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę oraz prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie, a to czy złożone wyjaśnienia uzasadniają realność zaoferowanej ceny podlega każdorazowo badaniu przez Zamawiającego z uwzględnieniem dokumentacji postępowania oraz konkretnych okoliczności stanu faktycznego.

W ocenie Izby metodologia kalkulacji kosztów przyjęta przez Przystępującego oraz sposób jej wyjaśnienia był klarowny, a przede wszystkim pozwalał na dokonanie przez Zamawiającego oceny czy Przystępujący uwzględnił w ramach wyliczeń niezbędne składniki kosztotwórcze i czy za zaoferowaną cenę będzie w stanie zrealizować zamówienie w należyty sposób. Metodologia kalkulacji kosztów opisana przez Przystępującego była kompleksowa, a w szczególności pozwalała na dokonanie przez Zamawiającego oceny czy cena zaoferowana w postępowaniu jest ceną realną. Twierdzenia przedstawione w wyjaśnieniach zostały poparte dowodami tworząc spójną całość, pozwalającą na uznanie na ich podstawie przez Zamawiającego, że oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, a zaoferowana cena jest ceną gwarantującą prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Dodatkowo wyjaśnienia były także spójne z argumentacją przedstawioną przez Przystępującego w toku postępowania odwoławczego.

W związku z powyższym, należało uznać zarzuty zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego oraz zaniechania wezwania Przystępującego do przedstawienia dodatkowych wyjaśnień za bezzasadne.

W zakresie zarzutów dotyczących oferty W. F., profesjonalista jakim jest wskazany wykonawca, ubiegający się i uzyskujący zamówienia publiczne zgodnie z procedurami określonymi w ustawie Pzp, powinien mieć świadomość, iż kierowane do niego wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp oznacza konieczność wyjaśnienia w jak najszerszy sposób podstaw wyceny i kalkulacji całej ceny ofertowej i wykazania, że cena ta będzie pokrywała co najmniej wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. To na wykonawcy, do którego jest kierowane takie wezwanie spoczywa ciężar wykazania powyższego Zamawiającemu. To także na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i to wykonawca ma najlepszą wiedzę, w jaki sposób kalkulował ofertę.

Izba ustaliła, że wezwanie Zamawiającego zawierało wskazanie, że treść złożonych informacji i przedstawionych

dowodów musi potwierdzać, że zaoferowana w ofercie cena jest skalkulowana prawidłowo i nie budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca będąc więc świadomym charakteru wynagrodzenia, zakresu i rodzaju przedmiotu zamówienia, zastosowanej przez siebie metody kalkulacji ceny, a przede wszystkim znając obowiązujące przepisy ustawy Pzp, a także jako profesjonalista na tym rynku – dysponując wiedzą co do orzecznictwa kształtującego interpretację wskazanych przepisów ustawy Pzp, powinien dochować należytej staranności przy formułowaniu swoich wyjaśnień, uwzględniając także okoliczność, iż wskazanie kosztów materiałów niepopartych dowodami może istotnie wpłynąć na uznanie jego ceny ofertowej za nierynkową.

Izba oceniając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny złożone przez wykonawcę W. F. podnosi, że składały się one wyłącznie z ogólnych, wręcz lakonicznych, twierdzeń oraz podania 4 pozycji kosztowych w odniesieniu do poszczególnych części zamówienia, bez wskazania szczegółowej kalkulacji oraz dowodów mających potwierdzać prezentowane stanowisko. Brak załączenia dowodów obciąża wykonawcę, skutkiem czego jest zazwyczaj odrzucenie jego oferty. Jeżeli okolicznością uprawdopodobniającą oszczędności wykonawcy miały być preferencyjne ceny na zakup materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia należało przedstawić konkretne dowody na tę okoliczność. Odwołujący nie przedstawił również w wyjaśnieniach żadnych dowodów dotyczących kosztów nadzoru, transportu pracowników, narzędzi, sprzętu. W wyjaśnieniach wskazał przykładowo na powierzenie zadań podwykonawcy w zakresie prac ogrodniczych czy remontowych oraz na zapas materiałów. Niemniej nie wykazał jak powyższe aspekty faktycznie wpływają na ograniczenie kosztów realizacji usługi. Nie odniósł się także do prośby Zamawiającego, aby wyjaśnienia zostały złożone w odniesieniu do prac określonych w formularzu cenowym, stanowiącym załącznik do SIWZ, z uwzględnieniem obowiązku zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących prace polegające na opróżnianiu koszy na odpady i koszeniu trawników, podczas gdy formularze cenowe zawierają szereg szczegółowych pozycji dotyczących rodzaju i zakresu prac.

Izba podziela pogląd, że ustawodawca nie określił, ile razy zamawiający może ponawiać wezwania do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Wezwanie do złożenia wyjaśnień może być skierowane do wykonawcy nawet kilkakrotnie w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości wymagające wyjaśnienia. Niemniej, nie oznacza to, że zamawiający powinien przejmować za wykonawcę inicjatywę w dążeniu do udowodnienia realności elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający, będąc gospodarzem postępowania, winien przestrzegać podstawowych zasad, takich jak chociażby zasady bezstronności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ponowne wezwanie do wyjaśnienia w rzeczywistości tego samego zakresu informacji, przy zaniechaniu rzetelnego i starannego działania wykonawcy podczas złożenia wyjaśnień niepopartych dowodami, należałoby uznać za naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe w ocenie Izby doszło do naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający winien był odrzucić ofertę wykonawcy F. Niemniej nawet w takiej sytuacji nie uległby zmianie wynik postępowania. Z tego powodu zarzut ten podlegał oddaleniu w oparciu o art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi, naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. *A contrario*, jeśli Izba stwierdzi, że uwzględnienie zarzutu nie wpłynie na wynik postępowania, zarzut podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że zarzut sprowadzający się do ogólnikowego wskazania, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp podlega oddaleniu. Samo powołanie się w treści odwołania na artykuł ustawy Pzp nie tworzy zarzutu, który powinien zostać dookreślony w konkretnym stanie faktycznym. Odwołujący stawiając więc zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp winien udowodnić, że czyn został dokonany celowo i z zamiarem wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku. Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał okoliczności, potwierdzających podniesiony zarzut co do tego, że złożenie oferty przez Przystępującego oraz F. stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, a tym samym w ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie potwierdził się.

Niezasadnym jest także zarzut błędu w obliczeniu ceny Przystępującego oraz wykonawcy F. (art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp). Błąd w obliczeniu ceny zachodzi, jeśli cena oferty została obliczona w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentacji przetargowej lub w cenie oferty uwzględniono niewłaściwą stawkę podatku VAT. Natomiast zarzut sprowadzający się do ogólnikowego wskazania, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp podlega oddaleniu, bowiem na podstawie tak sprecyzowanego zarzutu nie sposób stwierdzić na jakiej podstawie Odwołujący przypuszcza, że oferta Przystępującego i wykonawcy F. zawiera niepoprawialne błędy w obliczeniu ceny i kosztów. Samo zaś powołanie się w treści odwołania na artykuł ustawy Pzp i lakoniczne twierdzenie, że niemożliwe jest wykonanie zamówienia z zyskiem za wskazane ceny nie tworzy zarzutu, który powinien zostać dookreślony w konkretnym stanie faktycznym.

Izba podzieliła natomiast stanowisko Odwołującego co do odmowy ujawnienia złożonych przez Przystępującego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (pismo z dnia 27 października oraz pismo z dnia 4 listopada 2020 r.) bez załączników. W ocenie Izby brak było podstaw do zastrzeżenia tych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany był wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. że: informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Nie wystarczy więc jedynie formalne spełnienie powyższych trzech przesłanek – z dokonanego zastrzeżenia musi jednoznacznie wynikać wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie ma znaczenia, czy treść uzasadnienia zastrzeżenia jest obszerna, ale czy jest przekonująca. Jak też – na ile jej obszerność przekłada się na wartość merytoryczną. W ocenie składu orzekającego Przystępujący nie wykazał na czym polega wartość gospodarcza tych informacji, w szczególności w odniesieniu do ogólnego stwierdzenia o byciu podmiotem zajmującym się i specjalizującym się w wykonywaniu prac związanych z utrzymaniem oraz pielęgnacją zieleni; wykazu 24 prac realizowanych na rzecz podmiotów publicznych; położenia bazy magazynowo – sprzętowej; dysponowania: 24 godzinną dyspozytornią zakładową, własnym profesjonalnym sprzętem do wykonywania tego typu prac, wysoko wykwalifikowanymi pracownikami, wewnętrznymi normami zakładowymi. Wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje mają jakąkolwiek wartość gospodarczą – dla niego, jak i ogólną – i powinny przez to pozostać niejawne.

Niemniej, odtajnienie i udostępnienie ww. informacji, które nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania, zważywszy na fakt, że Odwołujący podniósł zarzut rażąco niskiej ceny. W związku z powyższym nakazanie odtajnienia zastrzeżonych elementów wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie doprowadzi do zmiany wyniku postępowania, a ewentualne odwołanie oparte na tych samych okolicznościach faktycznych podlegałoby odrzuceniu.

Nie budzi zaś wątpliwości Izby, iż za tajemnicę przedsiębiorstwa można uznać przedstawioną szczegółową kalkulację kosztów i przyjętą przez wykonawcę metodologię wyliczenia ceny stanowiącą w praktyce o konkurencyjności firmy na danym rynku, jak też załączone faktury i umowy na przyjmowanie odpadów. Izba wskazuje, iż w kalkulacji znajdują się m.in. szczegółowe informacje o wysokości wynagrodzeń zespołu wskazanego do realizacji zamówienia, ceny materiałów z konkretnymi dostawcami, jak również dane dotyczące zakładanego poziomu zysku, a zatem niewątpliwie są to informacje istotne gospodarczo, których ujawnienie może spowodować poniesienie niewymiernych strat przez wykonawcę, którego dotyczą. Z uwagi na powyższe, w ocenie Izby, materialna przesłanka uznania zastrzeżonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa została przez Przystępującego spełniona w odniesieniu do załączników przedłożonych do wyjaśnień.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

Przewodniczący: