

WYROK
z dnia 5 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 czerwca 2017 r. przez wykonawcę **I. C. „C.” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytecki Dziecięcy Szpital Kliniczny im. L. Z**

w B., ul.(...)

przy udziale wykonawcy **I. F. S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **I. C. „C.” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, ul. (...)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **I.C. „C.” z spółka wykonawcę spółka ograniczoną odpowiedzialnością komandytowa, ul. (...)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **I. C. „C.” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, ul. (...)** na rzecz **Uniwersyteckiego Dziecięcego Szpitala Klinicznego im. L. Z** **w B., ul. (...)** kwotę **2 926 zł 83 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych osiemdziesiąt trzy grosze) poniesioną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Białymstoku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Uniwersytecki Dziecięcy Szpital Kliniczny im. L. Z. w B. (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę żywienia pacjentów Uniwersyteckiego Dziecięcego Szpitala Klinicznego im. L. Z. w B. wraz z dzierżawą kuchni oraz Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w B.. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 18 marca 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2017/S 055-102062.

W dniu 5 czerwca 2017 r. wykonawca **I. C. „C.” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa** (dalej: „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu, a mianowicie czynności:

1. zaniechania wezwania wykonawcy **C. S.A. z siedzibą w K.** (dalej: „C.”) do złożenia wyjaśnień odnośnie możliwości wskazania w jej ofercie rażąco niskiej ceny oraz nieodrzczenia oferty ww. wykonawcy z uwagi na zaproponowanie w niej rażąco niskiej ceny,

2. zaniechania odrzucenia oferty I. F. S. Sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej: „I.”) oraz - w konsekwencji - wyboru jako najkorzystniejszej oferty I., mimo że oferta ta podlegała odrzuceniu,
3. zaniechania odtajnienia wyjaśnień złożonych przez I., przy czym wszystkie te czynności dotyczyły Części 1 zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy

Pzp:

1. naruszenie art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ustawy Pzp poprzez:
 - niezgodne z przepisami ustawy Pzp działanie zamawiającego w zakresie uznania za niepodlegającą odrzuceniu oferty I., która winna zostać odrzucona ze względu na wadę rażąco niskiej ceny;

3

- niezgodne z przepisami ustawy Pzp działanie zamawiającego polegające na nieodrżuceniu oferty I. z uwagi na wadę rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy wyjaśnienia I. zawarte w piśmie z dnia 12 maja 2017 r. nie wskazywały sposobu wyliczenia zaproponowanej ceny, były ogólnikowe, niewyczerpujące, jak np.:

- „wykonawca I. posiada wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, które na etapie kalkulowania ceny pozwalały wypracować przewagę konkurencyjną”,
- „I. F. S. jest doświadczonym wykonawcą tego typu usług”,

a w konsekwencji nie dawały rękojmi, co do możliwości należytego wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego,

- poprzez niezgodne z przepisami ustawy Pzp działanie zamawiającego polegające na dokonaniu nienależytej weryfikacji i niezwróceniu się do C. z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, a w konsekwencji uznanie przez zamawiającego oferty C. za niepodlegającą odrzuceniu w sytuacji, gdy powinna zostać odrzucona ze względu na wadę wskazania w niej rażąco niskiej ceny, podczas gdy na podstawie oferty przedstawionej przez odwołującego zamawiający powinien dojść do wniosku, iż również oferta C. zawiera rażąco niską cenę, a wartość zamówienia wskazana przez zamawiającego w Protokole postępowania nie odpowiada rzeczywistości;

2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert I. w sytuacji, gdy wykonawca ten założył niezgodny z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) sposób wykorzystania kuchni centralnej zamawiającego, ujął koszty wykonania niniejszego zamówienia w kosztach realizacji innych zamówień, a nadto poziom zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny za 1 osobodzień świadczy o tym, że treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ, w szczególności w zakresie jakości oferowanych posiłków;

3. naruszenie art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. Nr 153, poz. 1503) poprzez automatyczną, niepoprzedzoną należną analizą okoliczności faktycznych i stanu prawnego odmowę ujawnienia informacji, które I. zastrzegł jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czym zamawiający w znacznym stopniu ogranicza realną możliwość skorzystania przez odwołującego z przysługujących mu na mocy ustawy Pzp środków ochrony prawnej;

4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1

4

ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez:

- nieodrżucenie oferty I. z uwagi na naruszenie dobrych obyczajów kupieckich, polegające na manipulacji cenami zawartymi w ofertach I. oraz w związku z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, tak przez I., jak i C., w postaci utrudniania konkurentom dostępu do rynku poprzez zaproponowanie w ich ofertach dotyczących Części 1 zamówienia cen usług, które *de facto* pozostają niższe niż koszt ich wytworzenia;

- nieuznanie oferty I. za niezgodną z przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w sytuacji, gdy wyjaśnienia I., zawarte w piśmie z dnia 12 maja 2017 r. jednoznacznie wskazywały, iż I. posiadał więcej informacji niż te, które udostępnione zostały

pozostałym wykonawcom biorącym udział w przetargu publicznym;

5. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie czynności oceny złożonej oferty w sposób niezapewniający obiektywizmu, jak też z naruszeniem zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, czym naruszono postanowienia art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

A. RAŻĄCO NISKA CENA OFERTY I.

Cena oferowana przez I. na tle pozostałych wykonawców

1. Zwracając uwagę na przyjętą w przedmiotowym postępowaniu wagę kryterium ceny (60%) odwołujący stanął na stanowisku, że I. wskazała cenę za Część 1 zamówienia, tj. 2.851.010,72 zł w sposób rażąco niski w stosunku do rzeczywistej wartości przedmiotu zamówienia i tym samym uniemożliwiający jego należyte, zgodne z wymaganiami określonymi przez zamawiającego wykonanie, jak również w sposób niezgodny z zasadami dobrych obyczajów kupieckich.

2. Cena zaoferowana przez I. za Część 1 zamówienia jest aż o 38% niższa o średniej arytmetycznej wszystkich ofert. I. wskazała jako cenę za Część 1 zamówienia kwotę o 975.968,40 zł niższą aniżeli drugi w kolejności pod względem ceny C. i aż o 4.288.346,00 zł niższą niż cena oferowana za Części 1 zamówienia przez odwołującego. Dodatkowo, cena zaoferowana za Część 1 przez I. była niższa od kwoty, jaką na tą część zamówienia był gotów przeznaczyć zamawiający (tj. 3.410.040,38 zł) i to aż o 559.029,66 zł, tj. o 16,4%. Oferta I. odbiegając w tak rażący sposób od ofert przedstawionych przez pozostałych oferentów dowodzi, że nie ma ona podstaw w rzeczywistych kosztach, jakie należałoby ponieść w związku z wykonaniem zamówienia.

3. Podmioty biorące udział w przetargach publicznych przygotowują oferty uwzględniające możliwość osiągnięcia przez nie zysku. Cena zaoferowana za realizację

5

Części 1 zamówienia przez I. nie tylko nie daje szans na osiągnięcie istotnego zysku z wykonania zamówienia, ale w zasadzie uniemożliwia osiągnięcie jakiegokolwiek zysku, o ile oczywiście uwzględnić, że warunki określone w SIWZ zostaną spełnione. Realizacja zamówienia w Części 1 przez I. niesie za sobą ryzyko nienależytej i niestarannej realizacji przedmiotu zamówienia w sposób profesjonalny.

Analiza kosztów osobodnia wg warunków zamówienia

1. Dokonując wyliczeń kosztów realizacji zamówienia uwzględniających jedynie podstawowe wydatki niezbędne do jego realizacji odwołujący stwierdził, że dają one koszt osobodnia niemal dwukrotnie wyższy niż ten wskazany przez I., a jednocześnie znacząco wyższy od tego wskazanego w ofercie złożonej przez C.. Wskazując na koszty robocizny (18 etatów) w kwocie 44 113,97 zł netto, mediów w kwocie 52 407,93 zł netto i usług obcych w kwocie 25 788,61 zł netto odwołujący obliczył koszt osobodnia na 19,86 zł netto.

2. Powyższe jasno dowodzi, zdaniem odwołującego, że przy zachowaniu jedynie podstawowych kosztów związanych z realizacją zamówienia, koszt osobodnia wynosi 19,86 zł netto (tj. 21,45 zł brutto). Odwołujący podkreślił, że koszt ten przewyższa ceny osobodni zaoferowanych zarówno przez I., jak i C., nawet przy założeniu, że są zawyżone, gdyż obejmują również koszty świadczenia usług żywienia na rzecz innych kontrahentów niż zamawiający. Odwołujący zaznaczył, że I. w ramach kuchni centralnej Uniwersyteckiego Dziecięcego Szpitala Klinicznego w B. realizuje również usługi na rzecz innych podmiotów, w tym: SPZOZ Ministerstwa Spraw Wewnętrznych w B., B. Centrum Onkologii w B., Samodzielnego Szpitala Miejskiego im. PCK w B. oraz SPZOZ Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w B.. Mając powyższe na uwadze odwołujący przedstawił urealnione koszty wykonania zamówienia. Z daleko idącej ostrożności odwołujący wskazał, że urealnienie polega na pomniejszeniu podanego przez zamawiającego kosztu ogólnego mediów o wartość kosztów w tym zakresie na świadczenie przez I. usług na rzecz ww. podmiotów trzecich. Dokonanie powyższego obliczenia jest możliwe, ponieważ znana jest całkowita ilość posiłków realizowanych na rzecz zewnętrznych kontrahentów I.. Jednocześnie odwołujący wskazał, że koszty robocizny, najmu, podatku od nieruchomości oraz UDT i PPOŻ pozostają bez zmian, gdyż są stałe i niezależne od ilości produkowanych posiłków. Koszty pracy - robocizny są stałe z tego względu, że osoby przeznaczone do realizacji kontraktu zostały przekazane wykonawcy na mocy art. 231 Kodeksu pracy i niezależnie od

miejsca świadczenia pracy przez daną osobę, są związane z niniejszym zamówieniem publicznym. Koszty realizacji Części 1 zamówienia z uwzględnieniem podziału kosztu mediów na wszystkie zlecenia, jakie I. mógłby realizować w kuchni centralnej kształtują się

6

na poziomie 86 564,52 zł netto, tj. 14,05 zł netto za osobodzień.

3. Odwołujący podkreślił, że koszt osobodnia ustalony na poziomie 14,05 zł netto (tj. 15,17 zł brutto) nie uwzględnia kosztów samego wsadu do kotła, który wynosi co najmniej 6,00 zł netto oraz innych kosztów. Odwołujący zwrócił też uwagę na postawione przez zamawiającego dodatkowe wymogi co do sposobu wykonywania usługi i jakości przygotowywanych posiłków, m. in.:

a. *Przygotowanie posiłków powinno odbywać się z uwzględnieniem diet stosowanych w szpitalu wg zaleceń lekarzy (pkt 7);*

b. *Posiłki muszą być dostarczane do poszczególnych oddziałów pięć razy dziennie w ustalonych przez Szpital porach (pkt 6).*

4. Odwołujący załączył do odwołania szczegółowy opis diet wymaganych przez Szpital. Podkreślił, że większość diet stosowanych w Szpitalu to diety 5- posiłkowe (93,6%). Diety 1-porcjowe stanowią na przykładzie ostatnich miesięcy 2,7%, zaś 6-porcjowe 3,7% wszystkich diet (odp. na pytanie 27 do SIWZ).

5. Przyjęta przez zamawiającego „cena jednostkowa” - cena wykonania usługi za 1 osobodzień musi uwzględniać koszt zakupu produktów spożywczych niezbędnych do przygotowania wskazanej ilości posiłków, a także koszty przygotowania tych posiłków, ich transportu do poszczególnych oddziałów Szpitala oraz - zgodnie z § 12 ust. 1 SIWZ - IDW - wszystkie pozostałe koszty związane z realizacją zamówienia. Wykonawca jest zobowiązany ponosić te koszty, które wynikają z SIWZ i wyjaśnień, a które dotyczą tylko i wyłącznie tego zamówienia. Koszty te przedstawiają się następująco: materiały na kwotę 3 200 zł netto miesięcznie, usługi obce na kwotę 4 740 zł netto miesięcznie, co daje 7 340 zł netto miesięcznie, a zatem 1,27 netto za osobodzień.

6. Sumując wszystkie wykazane przez zamawiającego koszty netto oraz pozostałe niezbędne do realizacji zamówienia odwołujący wskazał na minimalny koszt osobodnia netto w wysokości 21,32 zł (23,0 zł brutto). Odwołujący zaznaczył, że koszt ten nie uwzględnia zysku wykonawcy ze świadczonej usługi, a jedynie obejmuje sam koszt wykonania tej usługi. Dla zobrazowania jak rażąco niska jest Cena oferowana za Część 1 przez I. odwołujący zaznaczył, że koszt osobodnia zaproponowany przez I. jest aż o 139% niższy od kosztu, jaki wynika jedynie z nakładów i wydatków, które wykonawca zamówienia będzie zobowiązany ponieść, ponadto nie uwzględnia jego zysku.

Cena oferowana za Część 1 przez I. na tle ogólnodostępnych danych dotyczących żywienia pacjentów

1. Odwołujący zwrócił uwagę, że koszt osobodnia zamówienia oferowany przez I. jest

7

niższy niż cena proponowana przez ten sam podmiot za identyczne zamówienie dla zamawiającego w 2013 r., co przy uwzględnieniu wzrostu cen i płac jeszcze dobitniej dowodzi, że cena oferowana przez I. jest rażąco niska, a nawet spekulacyjna. Różnice kształtują się następująco:

Wartość zamówienia brutto za 48 miesięcy to w 2013 r. 2 738 883,28 zł, zaś w 2017 r. 2 851 010,72 zł, wartość roczna brutto to w 2013 r. 684 720,82 zł, w 2017 r. 712 752,68 zł, zaś cena osobodnia brutto to w 2013 r. 10,63 zł, a w 2017 r. 9,64 zł.

2. Analizując zasadność podnoszonego zarzutu rażąco niskiej ceny odwołujący odniósł się do innych zamówień, które realizuje I. w B.. Odwołujący zauważył, że w każdym z analizowanych szpitali koszt osobodnia jest o co najmniej prawie 2 zł wyższy aniżeli ten wynikający z ceny oferowanej dla Części 1. I tak, według wskazań odwołującego, koszt osobodnia brutto w zamówieniu realizowanym przez I. dla B. Centrum Onkologii to 14,01 zł, koszt osobodnia brutto w zamówieniu realizowanym przez I. dla Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. J. Ś. w B. to 11,87 zł, koszt osobodnia brutto w zamówieniu realizowanym przez I. dla Samodzielnego Szpitala Miejskiego im. PCK w B. to 11,57 zł, zaś koszt osobodnia brutto w zamówieniu realizowanym przez I. dla SPZOZ MSWiA w Białymstoku to 14,66 zł. Odwołujący zaznaczył, że wysokość tych cen jest i tak znacznie niższa od rynkowej z uwagi na możliwość korzystania przez I. z kuchni centralnej.

Odwołujący wskazał, że złożył ofertę jedynie na Część 1 zamówienia, wobec czego był zobowiązany uwzględnić w swojej ofercie koszty najmu tej kuchni. Pozostali dwaj oferenci przenieśli ten koszt na Część 2 zamówienia, co należy uznać za przejaw niezgodnego z ustawą Pzp subsydiowania skrośnego.

3. Odwołujący podał, że nie dysponuje informacjami pozwalającymi stwierdzić, jaki obecnie jest rzeczywisty koszt żywienia pacjentów przez zamawiającego. Może się jedynie powołać na ogólnodostępne dane sprzed kilku lat, które jednoznacznie potwierdzają, że koszt ten był znacząco wyższy, aniżeli ten oferowany przez I. I tak, zgodnie z wystąpieniem pokontrolnym Najwyższej Izby Kontroli z listopada 2008 r., nr P/08/141 skierowanym do zamawiającego „koszt żywienia pacjenta wzrósł z 13,14 zł w 2004 r. do 15,45 zł, a w I kwartale 2008 r. o kolejne 0,37 zł, na co wpływ miały głównie koszty personelu zatrudnionego przy usługach żywienia”. Oznacza to, że koszt żywienia pacjenta w I kwartale 2008 r. wyniósł 15,82 zł. Należy zakładać, zdaniem odwołującego, że z uwagi na wzrost cen i płac koszt ten obecnie byłby istotnie wyższy.

4. Również w świetle raportu Najwyższej Izby Kontroli „Informacja o wynikach kontroli żywienia i utrzymania czystości w szpitalach publicznych” z marca 2009 r. (nr (...)) średni koszt osobodnia w szpitalach był wyższy niż ten proponowany przez I. i w 2007 r. wyniósł

8

12,03 zł w szpitalach korzystających z usług firm zewnętrznych. Warto podkreślić, że wg powyższego raportu, średni koszt żywienia pacjentów w Polsce rośnie nieprzerwanie od 2004 r. Dodatkowo odwołujący wskazał, że I. w innych zamówieniach na świadczenie usług żywienia w szpitalach oferował znacznie wyższe kwoty niż w przypadku zamówienia.

Przykładowo, w przetargu nieograniczonym ogłoszonym w BZP nr 349160-2016 z dnia 23 listopada 2016 r. na świadczenie usług żywienia chorych w Oddziale Kardiologicznym [nr postępowania: (...)], w którym wybrano ofertę I., średni koszt osobodnia wyniósł 22,19 zł.

5. Powyższe dane jednoznacznie wskazują, że cena oferowana za realizację Części 1 przez I. jest - przy zachowaniu oczywiście wszystkich warunków przewidzianych w SIWZ - niemożliwa do osiągnięcia, a tym samym stanowi cenę rażąco niską w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. Odwołujący przywołał słowa I., który w odwołaniu z dnia 25 kwietnia 2013 r., podkreślał, iż „usługa żywienia w technologii systemu tacowego jest kosztochłonna oraz ze względu na specyfikę wymaga zatrudnienia większej ilości personelu”.

6. Mając na uwadze powyższe odwołujący stwierdził, że cena oferowana za realizację Części 1 zamówienia przez I. stanowi rażąco niską cenę, a w związku z tym oferta I. powinna zostać odrzucona zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

B. NIEZGODNOŚĆ OFERTY I. z SIWZ

1. W przekonaniu odwołującego, cena oferowana za Część 1 zamówienia przez I. ma charakter spekulacyjny i jest niezgodna z warunkami SIWZ. Odwołujący zwrócił uwagę, że przedmiotem zamówienia jest usługa żywienia pacjentów szpitala dziecięcego, która opiera się aż na 5 pełnowartościowych posiłkach dziennie. Jak zauważył odwołujący, jeśli przyjąć, że średnia cena osobodnia zaoferowana przez I. wynosi 8,87 zł netto (9,64 zł brutto), to oznacza, że koszt jednego posiłku wynosi 1,77 zł. Nawet jeśli uwzględnimy „wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia”, w tym posiadanie zamortyzowanego sprzętu wyposażenia kuchni centralnej, dysponowanie doświadczonym zespołem czy wreszcie zawarte długoterminowe kontrakty cateringowe, o czym informował I. w piśmie z dnia 12 maja 2017 r., to i tak nie sposób uznać tej kwoty za możliwą do osiągnięcia bez uszczerbku dla pacjenta. Dla porównania odwołujący wskazał, że I. obecnie świadczy tą samą usługę na rzecz zamawiającego za cenę za 1 osobodzień na poziomie 10,51 zł netto (śniadanie 3,16 zł, obiad 5,23 zł, kolacje 2,12 zł) i 9,93 zł netto za posiłki wydawane z kuchni mlecznej.

2. Odwołujący wskazał, że aktualny poziom ceny za 1 osobodzień w wysokości 10,51 zł netto został osiągnięty poprzez zawarcie między Stronami aneksu nr 9 z dnia 18 maja 2016 r. oraz aneksu nr 10 do umowy Nr 100/PN - 4/13/15 r. z dnia 6 czerwca 2013 r.

9

Precyzując odwołujący stwierdził, że aneks nr 9 podpisano w związku z ustawą z dnia 23 października 2014 r. o zmianie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz

niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2014, poz. 1831), która wprowadziła od dnia 1 stycznia 2016 r. nowe zasady dotyczące oskładkowania umów zleceń, natomiast aneks nr 10, w związku z ustawą z dnia 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, które wprowadzają od dnia 1 stycznia 2017 r. minimalną stawkę godzinową oraz wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę, nie przewidziane w momencie zawierania umowy i powodujące wzrost kosztów po stronie I.. Powyższe, zdaniem odwołującego dowodzi świadomego zaniżenia wartości osobodnia przez I. w aktualnym postępowaniu w celu bezwzględnego uzyskania zamówienia, a co więcej, przyzwoleniu na nieuczciwą konkurencję poprzez zamawiającego posiadającego kompletną wiedzę historyczną.

3. Z treści załącznika nr 4 do Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia wynika, że „wykonawca będzie wykorzystywał przedmiot dzierżawy na prowadzenie działalności związanej z żywieniem pacjentów szpitala oraz dla potrzeb stołówki”. Ponadto „zmiana przeznaczenia przedmiotu dzierżawy bądź podjęcie dodatkowej działalności związanej z przygotowaniem posiłków z całkowitym lub częściowym wykorzystaniem przedmiotu dzierżawy, wymaga uzyskania przez Wykonawcę pisemnej zgody Zamawiającego na jej prowadzenie wraz z określeniem warunków jej wykonywania”. Tym samym, I. bez zgody zamawiającego nie może wykorzystywać kuchni centralnej na potrzeby innych realizowanych przez siebie zamówień. I. rozliczając koszty prowadzenia kuchni na inne kontrakty realizowane z jej pomocą założył, iż taką zgodę otrzyma. Odwołujący wskazał, iż jest to zdarzenie przyszłe i niepewne, a zamawiający nie będzie zobowiązany do wydania takiej zgody. Zatem okoliczności takich nie należałoby brać pod uwagę przy wycenie usług.

4. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, w sytuacji, gdy zamawiający dopuszcza zapisami SIWZ pewne „optymalizacje” sposobu wykonywania zamówienia, jednak zastrzega, że na owe optymalizacje musi wyrazić zgodę, wykonawca nie jest uprawniony na etapie składania oferty do wyceny kosztów wykonania zamówienia z uwzględnieniem tych optymalizacji, a co najmniej w wyjaśnieniach dotyczących złożonej oferty winien wykazać, iż również bez uwzględniania optymalizacji, jest w stanie zamówienie wykonać. Po stronie wykonawcy nie ma i nie może być pewności, czy zamawiający wyrazi zgodę na zaplanowany przez niego sposób wykonywania zamówienia, zaś brak w ofercie informacji o zamierzonym zakresie optymalizacji, skutkowałby faktyczną nieporównywalnością ofert. To zaś stoi w sprzeczności z zasadami wynikającymi z art. 7 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego, z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie - I., mimo jednoznacznych w swej treści zapisów SIWZ, wskazujących na zakaz wykorzystywania kuchni centralnej na potrzeby realizacji innych zamówień, kalkuluje cenę

10

oferty tak, jakby ów zakaz miał go nie dotyczyć.

5. I. nie jest uprawniony do tego, by koszty utrzymania kuchni centralnej w kolejnych 4 latach dzielić także na inne zamówienia, jeśli nie ma pewności, że zamówienia te będzie realizował. I jakkolwiek wykonawca ten powołuje się na rzekomo długoterminowe i funkcjonujące kontrakty cateringowe, w ramach których korzysta z kuchni centralnej, to wystarczy jedynie pobieżna analiza kontraktów załączonych do pisma z 12 maja 2017 r. by zauważyć, że rzeczywistość przedstawia się zgoła odmiennie. Na cztery umowy załączone do przedmiotowego pisma jedna wygasa już w 2017 r., a dwie kolejne - w 2018 r. Trudno mówić w takiej sytuacji o długoterminowych kontraktach.

Odwołujący wskazał na następujące kontrakty:

- B. Centrum Onkologii – 24 miesiące, od 01.10.2015 r. do 30.09.2017 r.,
- Wojewódzki Szpital Zespolony im. J. Ś. - 36 miesięcy, od 01.10.2015 r. do 31.12.2019 r.,
- Samodzielny Szpital Miejski im. PCK B. - 36 miesięcy, od 04.08.2015 r. do 03.08.2018 r.,
- MSWiA w Białymstoku - 36 miesięcy, od 01.09.2015 r. do 31.08.2018 r.

6. Odrębną kwestią pozostaje sposób przypisania kosztów utrzymania kuchni centralnej do poszczególnych zamówień. Nawet bowiem przyjmując, że I. będzie z kuchni centralnej zamawiającego mógł obsługiwać inne zamówienia, oczywistym pozostaje, że niedopuszczalna jest sytuacja, w której koszty realizacji niniejszego zamówienia były pokrywane z od wynagrodzenia uzyskiwanego innych, zwłaszcza publicznych

Takie kosztów stoi wprost zamawiających. „przerzucanie” między zamówieniami w sprzeczności z zapisami SIWZ (§ 12 ust. 1 SIWZ - IDW Cena będzie zawierała wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia), a nadto należałoby to uznać za czyn nieuczciwej konkurencji - I. świadczyłby co najmniej dla jednego z zamawiających usługę cateringową poniżej kosztów jej wytworzenia, jak można założyć - celem uzyskania zamówienia. Co przy

tym istotne, zasadne jest przyjęcie, że owym zamawiającym byłby szpital posiadający kuchnię centralną (zamawiający), skoro to uzyskanie tego zamówienia ma w istocie obniżyć koszty wykonania innych zamówień i zapewnić I. przewagę na rynku lokalnym.

7. Potwierdza to jedynie tezę, że Cena Oferowana za Część 3 przez I. nie znajduje podstaw w warunkach rynkowych w segmencie usług żywieniowych, a argumenty tego podmiotu, mające uwiarygodnić jego rażąco niskie koszty, są w najlepszym wypadku ogólnikowe i w dużym stopniu po prostu nierzetelne, a nawet nieprawdziwe, co grozi w przyszłości brakiem możliwości realizacji zamówienia.

8. Ocena, czy I. w sposób rzetelny i prawidłowy przypisuje koszty kuchni centralnej do poszczególnych zamówień byłaby możliwa tylko w sytuacji, gdyby wykonawca I. złożył

11

w tym zakresie stosowne wyjaśnienia dostępne odwołującemu. Tymczasem I. w piśmie z 12 maja 2017 r. zasłonił się tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący zauważył, że ten sam podmiot w odwołaniu z dnia 25 kwietnia 2013 r. dotyczącym postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na usługę żywienia pacjentów Uniwersyteckiego Dziecięcego Szpitala w B. oraz Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w B., nr sprawy (...) (nr ogłoszenia o zamówieniu: (...)) zarzucał podmiotowi, któremu udzielono zamówienia (analogicznego, jak w niniejszym postępowaniu i przez tego samego zamawiającego) powoływanie się na tajemnicę przedsiębiorstwa w przedmiocie szczegółowych wyliczeń kosztów zamówienia. I. podkreślał wówczas, że utrudnia mu to „precyzyjne przeprowadzenie dowodu na okoliczność rażąco niskiej ceny”.

9. To właśnie bowiem rażąco niska cena była podstawą tego (skądinąd skutecznego) odwołania. I. zarzucał przeciwnikowi stosowanie wręcz dumpingu cenowego, argumentując, że niemożliwym jest ustalenie ceny zamówienia na poziomie 7,30 zł netto za osobodzień, a więc 1,46 zł za posiłek. Zdaniem odwołującego, skoro dla I. w 2013 r.

1,46 zł za posiłek było kwotą rażąco niską, to w 2017 r., uwzględniając m.in. 25% wzrost płacy minimalnej, wprowadzenie stawki minimalnej dla osób zatrudnionych na innych podstawach niż umowa o pracę, wzrost cen mediów i stopniowo rosnącą inflację, kwota 1,77 zł za posiłek powinna być uznana za co najmniej równie rażąco niską. Parafrazując słowa I. z tego odwołania należy wskazać, że „niewątpliwie każdy może sobie wyobrazić, co można kupić do jedzenia za 1 zł 77 gr”.

C. NIEUPRAWNIONE POWOŁYWANIE SIĘ PRZEZ I. NA TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA

1. I. w piśmie z 12 maja 2017 r., w którym był zobowiązany przedstawić wyjaśnienia co do sposobu kalkulacji Ceny Oferowanej za Część 1 zamówienia powołał się na tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z czym zamawiający odmówił odwołującemu udostępnienia całości złożonych przez wykonawcę wyjaśnień tłumacząc się zastrzeżeniem z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący uzyskał wgląd jedynie do części wstępnej wyjaśnień, w tym uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (str. 1-6 pisma z dnia 12 maja 2017 r.) oraz kopii umów zawartych przez I. z publicznymi zamawiającymi.

2. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez I. sprowadza się do wyliczenia, jaki rodzaj informacji znajduje się w tym piśmie i konkluzji, że takie informacje są „niewątpliwie”, „w sposób oczywisty” informacjami o wartości gospodarczej dla I., a więc stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa. Innymi słowy, I. poprzestał na postawieniu tezy i stwierdzeniu, że teza ta jest prawdziwa.

3. Trudno uznać, że tego typu stwierdzenia stanowią „wykazanie”, jak wymaga tego art. 8

12

ust. 3 ustawy Pzp, iż zastrzegane informacje w istocie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak bowiem tłumaczy KIO w wyroku z dnia 17 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1161/15: „sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek wykazania, oznacza więcej niż wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa”.

4. I. nie podjął jakiejkolwiek próby, by wykazać lub choć uprawdopodobnić, że zastrzegane informacje mają wartość gospodarczą, a ich ujawnienie może spowodować szkodę po stronie wykonawcy. Takie zachowanie nie może zostać zaaprobowane, jak bowiem przypomina KIO w wyroku z dnia 04 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1538/15, KIO 1548/15, KIO 1549/16, „wykonawcy winni wykazać zamawiającemu, dlaczego w ramach konkretnego

postępowania przetargowego ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym upatrują oni szkody. Wykonawca winien wykazać istnienie związku przyczynowo- skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą. Zaś możliwość poniesienia szkody musi być co najmniej uprawdopodobniona”.

5. Wykonawca zobowiązany jest wskazać, o jakich konkretnie wartościach mowa i je uprawdopodobnić (zob. wyrok KIO z dnia 11.07.2013 r., sygn. akt: KIO 1529/13). Wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwale zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsięwzięcia - może znaleźć uchwytny wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowym jako wartość niematerialna i prawna).

6. W przekonaniu KIO, doniosłym jest również to, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem (zob. wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2784/14).

7. Za wyrokiem KIO wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 102/17, KIO 110/17 z dnia 06 lutego 2017 r. odwołujący wskazał: „ (...) wykonawcy zastrzegli tajemnicę przedsiębiorstwa do wyjaśnień rażąco niskiej ceny kwitując również przez oznajmienie, że zastrzegają tajemnicę i na poparcie swojego stanowiska przywołują szereg wyroków (...) Izba badając przede wszystkim samo uzasadnienie do tajemnicy przedsiębiorstwa nie stwierdza, aby wykonawca żądając ochrony udowodnił, że informacje stanowią tajemnicę

13

przedsiębiorstwa. Wykonawca przywołuje wyroki i uważa, że spełnia wymogi co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zarówno z art. 8 ust. 3 pzp jak i art. 11 ust. 4 UZNK przez sam fakt przywołania wyroków (...) Wykonawcy w żaden sposób nie wykazali a nawet nie podjęli próby wskazania w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy, że oferty czy to jednostek laboratoryjnych, czy to oferujących lokale, czy to stawek zatrudnienia osób, czy to kosztów utrzymania środków transportu, czy to kosztów paliwa odbiegają od stawek funkcjonujących na rynku i w związku z tym podlegają ochronie w uzasadnionym interesie wykonawcy.

W związku z tym nie wykazały że zarówno w wyjaśnieniach do rażąco niskiej ceny jak i przedstawionych kalkulacji kosztów odnoszą się jakieś wiadomości specjalne, czy nieznanne reguły kalkulacji kosztów czy inne okoliczności uprawniające do przedstawienia wynagrodzenia podanego w ofercie”.

8. Odwołujący zaznaczył, że I. poprzestał na przedstawieniu „uzasadnienia” tylko co do części przesłanek pozwalających na uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący przypomniał, że określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki (art. 11 ust. 4 ZNKU): (i) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, (ii) nie została ujawniona do wiadomości publicznej oraz (iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Wykonawca, składając zastrzeżenie, powinien więc wykazać, że każda z wyżej wymienionych przesłanek jest spełniona względem każdej zastrzeganej informacji.

9. I., gdy chodzi o dwie ostatnie przesłanki uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym przesłankę „podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności”, nie przedstawia nie tylko dowodów na ich zaistnienie w stanie faktycznym niniejszej sprawy, ale nawet nie podaje w piśmie z dnia 12 maja 2017 r. jakiegokolwiek uzasadnienia, żadnej okoliczności faktycznej potwierdzającej, że w istocie wykonawca ten podejmuje odpowiednie kroki do zachowania zastrzeganych informacji w poufności.

10. KIO stawia w tym zakresie daleko idące wymagania dowodowe. Przykładowo, w wyroku Izby z dnia 10 lipca 2015 r. (sygn. akt KIO 1185/15) czytamy, że „Zamawiający przychylając się do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie

charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja prawdziwości stanowiska oferenta nie może odbyć się wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy.”. We wskazanej sprawie,

14

opierając się na przytoczonej argumentacji, przyjęto, iż mimo że zastrzegane przez wykonawcę informacje obiektywnie mogły mieć wartość gospodarczą i podlegać w związku z tym ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa, to z racji niewykazania przez wykonawcę, że podjął on odpowiednie kroki, by zachować informacje w poufności, wyjaśnienia ceny wykonawcy podlegały ujawnieniu. Odwołujący zaznaczył, że I. nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących na to, że informacje objęte zastrzeżeniem są w istocie objęte ochroną celem uniemożliwienia zapoznania się z ich treścią przez podmioty trzecie.

11. Odwołujący stwierdził, że uzasadnienie przedstawione przez I. jest na tyle ogólne, że w zasadzie mogłoby zostać przywołane w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, niezależnie od zakresu składanych wyjaśnień ceny i bez konieczności wprowadzania do niego jakichkolwiek zmian.

12. Reasumując, odwołujący wskazał, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest co do zasady jawne, a wszelkie wyjątki od tej reguły winny być wprowadzane w sposób ostrożny i uzasadniony okolicznościami faktycznymi danej sprawy. Każda sprawa wymaga przy tym odrębnej, szczegółowej analizy, której głównym elementem powinna być ocena dowodów przedstawionych przez wykonawcę. Trudno przyjąć, by w niniejszej sprawie zamawiający analizę taką prowadził, skoro nie otrzymał od I. w zasadzie żadnych materiałów, które mógłby poddać ocenie. W pełni więc uzasadnione jest stwierdzenie, że zamawiający automatycznie uznał za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy poczynione przez I., co stoi w sprzeczności z podstawowymi zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

13. Odwołujący przypomniał, że KIO wielokrotnie wyrażała swoją dezaprobatę wobec bezkrytycznego przyjmowania przez zamawiających zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza wtedy, gdy wykonawca zastrzega wszystkie bądź większość informacji, co ewidentnie służyć ma wyłącznie utrudnieniu konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji jego oferty (m.in. wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2710/12). Oczywiście pozostaje, co zostało potwierdzone m.in. w wyroku KIO z dnia 22 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1384/14, że uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywane i stosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, a jego wyłącznym zadaniem jest zapewnienie im ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa w ścisłych granicach definicji zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

D. BRAK NALEŻYTYCH WYJAŚNIEŃ I. DOT. RAŻĄCO NISKIEJ CENY

1. Zgodnie z treścią art. 90 ustawy Pzp, zamawiający w każdym przypadku, kiedy oferowana przez wykonawcę cena lub proponowany koszt lub ich istotne części składowe wydają mu się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i poweźmie wątpliwość, co do

15

możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w oparciu o określone przez niego - lub wynikające z odrębnych przepisów - wymagania, zobowiązany jest do zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

2. Przepisy ustawy Pzp nie regulują wprost kwestii dotyczącej tego, ile razy zamawiający może zwracać się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp. Brak jest wyraźnego zakazu kilkukrotnego wezwania. Wręcz przeciwnie, przedstawiciele doktryny wskazują, iż zamawiający powinien każdorazowo kwestię tę rozstrzygnąć z uwzględnieniem zasad obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego. Powtórzenie wezwania do udzielenia wyjaśnień musi wynikać z obiektywnych okoliczności uzasadniających konieczność uszczegółowienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie zamawiającego.

3. Zgodnie z ugruntowanym w doktrynie poglądem, uzasadnieniem do skierowania kolejnego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp może być w szczególności konieczność uszczegółowienia czy też rozwinięcia wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie, które zostało przez zamawiającego sformułowane w sposób ogólny, oparty na

literalnym brzmieniu komentowanego przepisu. Mogą również zdarzyć się sytuacje, kiedy bardziej szczegółowe wyjaśnienia okażą się konieczne także w przypadku wezwania szczegółowego. Każdorazowo jednak potrzeba ponownego wezwania musi wynikać z okoliczności obiektywnych, przy czym istotne jest, aby wyjaśnienia wykonawcy były rzetelne w zakresie wymaganym w pierwszym wezwaniu. Ponowne wezwanie nie będzie zatem uprawnione, jeżeli wyjaśnienia będą niekompletne, lakoniczne, niezawierające odpowiedzi na wszystkie stawiane przez zamawiającego w wezwaniu pytania. W takiej sytuacji doszłoby bowiem do niedopuszczalnego i naruszającego zasadę równego traktowania wykonawców przywrócenia terminu do złożenia wyjaśnień, które powinny być złożone już na pierwsze wezwanie zamawiającego.

4. Odwołujący wskazał, iż zamawiający pismem z dnia 10 maja 2017 r. zwrócił się do I. o udzielenie wyjaśnień dotyczących oferty I., w tym w szczególności wyjaśnień oraz dowodów dotyczących kalkulacji ceny z uwagi na konieczność ustalenia czy oferta I. nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. W odpowiedzi na przedmiotowe pismo w dniu 12 maja 2017 r. I. udzieliła żądanych przez zamawiającego wyjaśnień, których treść była jednak bardzo ogólna oraz nieprecyzyjna, np. „I. F. S. jest doświadczonym wykonawcą tego typu usług”, czy też „wykonawca I. posiada wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, które na etapie kalkulowania ceny oferty pozwalały wypracować przewagę konkurencyjną”.

16

5. Odwołujący przywołał fragment wyroku KIO z dnia 14 maja 2013 r., sygn. akt KIO 960/13, w którym KIO rozpatrywała odwołanie I. z dnia 25 kwietnia 2013 r., którego podstawowym zarzutem był zarzut rażąco niskiej ceny: „Dla uznania, że wyjaśnienia są wystarczające konieczne jest wykazanie wpływu czynników wskazanych przez wnioskodawcę za zaoferowaną cenę — takimi czynnikami nie są okoliczności dostępne dla wszystkich wykonawców spełniających warunek udziału w postępowaniu jak np. doświadczenie, funkcjonowanie w ramach grupy kapitałowej czy wypracowanie technologii i procedur.”. Odwołujący przypomniał, że ww. wyrok zapadł na kanwie analogicznego zamówienia, jak w przedmiotowej sprawie, które zostało udzielone przez tego samego zamawiającego.

6. Zgodnie z przywołanym orzeczeniem istnieje domniemanie zaoferowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny i to na wezwanym wykonawcy spoczywa ciężar obalenia tego domniemania. I. co prawda załączył do pisma kilka dokumentów wskazujących na realizację podobnych do przedmiotu zamówienia projektów, nie załączył natomiast żadnych dokumentów, czy też szczegółowych wyjaśnień bądź zestawień dotyczących konkretnych kalkulacji ceny w odniesieniu zamówienia. Mimo powyższego, zamawiający ani nie odrzucił oferty I., ani nie zażądał od I. choćby przedłożenia dodatkowych wyjaśnień, co w sposób rażący narusza przepisy zarówno art. 89 ust. 1 pkt 4, jak i 90 ustawy Pzp.

E. ZANIECHANIE WEZWANIA C. DO ZŁOŻENIA WYJAŚNIEŃ CO DO CENY

1. Badanie ofert oraz ustalenie ewentualnych przyczyn ich odrzucenia, tak jak każda czynność zamawiającego, powinny być dokonane z należytą starannością. Analizując prawidłowość czynności podejmowanych w trakcie postępowania przetargowego wskazania wymaga, iż na etapie oceny poszczególnych ofert zamawiający nie zwrócił się o udzielenie jakichkolwiek wyjaśnień dotyczących oferty C., w tym w szczególności wyjaśnień oraz dowodów dotyczących kalkulacji ceny z uwagi na konieczność ustalenia czy oferta C. nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

2. W konsekwencji zamawiający niejako „z automatu” uznał ofertę C. za niepodlegającą odrzuceniu, mimo istnienia znacznego ryzyka spełnienia przedmiotowej przesłanki. Co więcej, zamawiający musiał mieć wiedzę co do realnych kosztów zamówienia, zwłaszcza po zapoznaniu się z treścią oferty odwołującego, który szczegółowo przedstawił wyliczenia dotyczące wartości zamówienia. Tym samym, zamawiający powinien dojść do wniosku, że oferta C. jest zbyt niska, podobnie zresztą jak wartość przedmiotu zamówienia, oraz że niemożliwe jest należyte zrealizowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ oraz celem i wielkością zamówienia.

3. Odwołujący podkreślił, że to na zamawiającym spoczywał obowiązek zbadania, czy cena oferowana przez C. nie jest ceną rażąco niską. Odwołujący przywołał fragment

17

z Informatora Urzędu Zamówień Publicznych nr (...), zgodnie z którym „treść powyższego przepisu (art. 90 ust. 1 PZP - przepis autora) nakazuje zatem zamawiającemu zwrócenie się do wykonawcy o wyjaśnienia w sytuacji gdy cena jego oferty wyda się zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości jego należytego wykonania”.

4. Nie ma przy tym znaczenia, czy oferowana cena pozostaje w określonym stosunku procentowym (np. 30%) z wartością szacunkową zamówienia powiększoną o wartość podatku VAT lub średnią ceną ofertową danego zamówienia. Jak bowiem KIO wskazuje w wyroku z dnia 06 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1604/15: „Owszem, ustawodawca wskazał 30%, bo jakąś wartość progową musiał przyjąć jako obowiązkową, jednak nie oznacza to, że poniżej tej wartości zamawiający jest zwolniony od samodzielnej analizy ofert”, a dalej: „zamawiający zwraca się o wyjaśnienia w przypadku, kiedy cena oferty «jest podejrzanie niska»”, przy przyjęciu kryteriów w miarę zobiektywizowanych «rozsądnie myślącego profesjonalisty»”. Wniosek ten potwierdza także aktualne orzecznictwo KIO, jak choćby wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 40/17.

5. Trzeba mieć na względzie, że koszt osobodnia z oferty C. na Część 1 zamówienia wyniósł jedynie 12,94 zł brutto, a więc niespełna 2 zł więcej, niż przewiduje to oferta I.. Mając na względzie wyliczenia odwołującego ujęte w odwołaniu dotyczące rażąco niskiej ceny, nie można mieć wątpliwości, że cena ta, niższa o 10,09 zł od minimalnych kosztów realizacji zamówienia (tj. o 78%), jest również rażąco niska i nie daje żadnej rękojmi możliwości wykonania zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ. Argumentacja przywołana w odwołaniu znajduje zatem także zastosowanie do C.. Wobec powyższego, w przypadku zaniechania złożenia przez C. należytych i wiarygodnych wyjaśnień co do sposobu ustalenia ceny na tak niskim poziomie, oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu.

F. MANIPULACJA CENĄ OFERTY PRZEZ I. (SUBSYDIOWANIE SKROŚNE)

1. Niezależnie od zarzutu ustalenia przez I. ceny oferowanej za Część 1 zamówienia na poziomie rażąco niskim, odwołujący dodatkowo podniósł, że wysokość ceny oferowanej za Część 1 została zmanipulowana w ten sposób, że I. dokonał kompensacji ceny za Część 1 zamówienia kosztem ceny za Część 2 zamówienia.

2. Zgodnie z Informacją z otwarcia ofert z dnia 21 marca 2017 r. zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 14.096.856,38 zł przy czym kwota ta została podzielona na realizację dwóch niezależnych zadań, tj.:

a) Część 1 zamówienia - 3.410.040,38 zł,

18

b) Część 2 zamówienia - 10.686.816,00 zł.

3. Tymczasem do zamawiającego wpłynęły 3 oferty, których ceny zostały ustalone na następującym poziomie:

C. – 3 826 979,12 zł za Część 1, 14 124 000,00 zł za Część 2,

Odwołujący – 7 139 356,72 zł za Część 1,

I. – 2 851 010,72 zł za Część 1, 12 947 040,00 zł za Część 2.

4. Analizując powyżej przytoczone dane bez trudu można zauważyć, że cena za Część 1 zamówienia oferowana przez I. - jak już wskazano wyżej - jest rażąco niska wobec ceny ustalonej za Część 1, podczas gdy cena oferowana za Część 2 przez tego samego wykonawcę jest znacząco wyższa w stosunku do ceny ustalonej za Część 2 i przewyższa ją aż o 21,15%.

5. W przekonaniu odwołującego, takie działanie I. było działaniem zamierzonym, mającym na celu doprowadzenie do sytuacji, w której I. otrzyma zamówienie zarówno do Części 1, jak i Części 2, a tym samym jego koszty zostaną skumulowane. W rezultacie, wyższa cena oferowana za Część 2 zamówienia miała finansować Część 1 zamówienia. Jest to o tyle istotne, że cena ustalona za Część 2 jest trzykrotnie wyższa od ceny ustalonej za Część 1, a związku z czym przekroczenie ceny oferowanej za Część 2 nawet o 20% w stosunku do ceny ustalonej za Część 2 *de facto* rekompensuje (i to z nawiązką) rażąco niską cenę oferowaną za Część 1 przez I.. Obrazując to w liczbach bezwzględnych odwołujący wskazał, że I. zaproponowała cenę oferowaną za Część 2 wyższą o 2.260.224,00 zł od ceny ustalonej za Część 2 (tj. o 21,15%). Jednocześnie, oferowana przez tego wykonawcę cena za Część 1 jest niższa od ceny ustalonej za Część 1 o 559.029,66 zł (tj. o 16,4%). Tym samym, C. licząc na otrzymanie całego zamówienia podwyższyła cenę w jednej jego części, by móc rażąco

obniżyć cenę w drugiej. Fakt ten został w zasadzie przyznany przez I. w piśmie z dnia 12 maja 2017 r.

6. Odwołujący zwrócić uwagę na znaczące różnice, jakie zachodzą pomiędzy kosztami za osobodzień, jakie I. zaoferowała zamawiającemu w Części 1 i Części 2. Zgodnie z Informacją z otwarcia ofert, I. zaproponowała za Część 2 cenę w wysokości 12.947.040,00 zł, co przy uwzględnieniu 600.000 osobodni, jakie dla tej części zamówienia ustalono w SIWZ oznacza, że koszt jednego osobodnia wynosił 21,58 zł. Na marginesie odwołujący dodał, że podobna różnica w tym zakresie występuje u C., która ustaliła koszt osobodnia dla Części 1 na poziomie 12,94 zł, zaś dla Części 2 - 23,54 zł. Jakkolwiek odwołujący dopuszcza możliwość, że pomiędzy wykonywaniem usługi żywienia pacjentów w Części 1 i Części 2 zamówienia mogą zachodzić pewne różnice, to niezgodne

19

z doświadczeniem życiowym i zasadami logiki byłoby uznanie, że mogą one być tak istotne. Dowodzi to świadomego manipulowania cenami oferowanymi przez obu pozostałych oferentów tak, by w sposób nieuprawniony i niezgodny z zasadami uczciwej konkurencji przerzucać koszty pomiędzy częściami zamówienia.

7. Biorąc pod uwagę konstrukcję postępowania (możliwość złożenia ofert na obsługę dwóch odrębnych szpitali położonych w jednej lokalizacji) oraz strukturę cen zaoferowanych przez ww. wykonawców (cena osobodnia Szpitala, który wydierżawia kuchnię jest o 50% niższa niż cena Szpitala bez kuchni) odwołujący podniósł, że ww. ceny ukształtowane zostały w nienaturalny sposób. Manipulacja cenowa w przedmiotowym postępowaniu polega na tym, że wykonawcy w celu uzyskania części zamówienia, w którym dzierżawiona jest kuchnia, sztucznie obniżają cenę za wykonywanie zamówienia na rzecz UDSK, tj. Szpitala wydierżawiającego kuchnię. Interes wykonawców postępujących w ten sposób polega na tym, że wygrywając postępowanie otrzymują dostęp do jedynej kuchni w regionie, umożliwiającej realizację zamówienia na rzecz USK. Usługa realizowana na rzecz USK jest usługą żywienia w systemie taczowym. Szpital USK jest połączony ze Szpitalem UDSK korytarzem podziemnym. Wykonawca, który dysponuje kuchnią w Szpitalu UDSK transportuje posiłki do Szpitala USK w ramach jednego budynku, tj. tym właśnie korytarzem. Tym samym, koszt wykonywania usługi na rzecz USK znacznie spada, gdyż nie musi uwzględniać specjalistycznego transportu z kuchni położonej poza szpitalem.

8. Zamówienie USK (Część 2) jest duże, ponieważ wymaga dziennej obsługi około 409 pacjentów. Wobec powyższego, kuchnia obsługująca zamówienie, musi być dostosowana do obsługi kilkuset osób jednocześnie. Jedyna kuchnia na terenie B. i w okolicach dostosowana do obsługi tak dużych zamówień znajduje się na terenie UDSK i będzie dostępna wyłącznie wykonawcy, który wygra postępowanie w Części 1. Z uwagi na powyższe, powtarzającą się praktyką w kolejnych postępowaniach dotyczących niniejszego zamówienia jest przesuwanie przez wykonawców kosztów pomiędzy zadaniami,

tj. wykonawcy zaniżają koszt wykonania usługi dla UDSK jednocześnie zawyżając cenę dla USK, w celu wydierżawienia kuchni. Efektem opisanego zachowania jest oferowanie cen zaniżonych w obsłudze UDSK, tj. Szpitala Dziecięcego i zawyżonych dla USK, tj. Szpitala Ogólnego.

9. Patologię w ww. zachowaniach widać tym bardziej, gdy ceny zaoferowane w niniejszym postępowaniu porówna się z cenami oferowanymi w podobnych przetargach na rzecz innych zamawiających. W wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny dotychczasowy i wybrany w niniejszym postępowaniu wykonawca wykazał, że cena osobodnia świadczenia usługi dla innych szpitali ogólnych na terenie B. wynosi:

20

a) B. Centrum Onkologii - 14,01 zł netto.

b) Samodzielny Szpital Miejski im. PCK w B. - 10,10 zł netto.

c) Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Zespolony - 10,49 zł netto.

d) Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych w B. - 12,98 zł netto.

Wszystkie wymienione powyżej szpitale nie posiadają kuchni i wymagają, zgodnie z umową,

sporządzenia posiłków poza siedzibą wskazanych zamawiających. Cena osobodnia zaoferowana w niniejszym postępowaniu przez ww. wybranego wykonawcę dla USK, tj. szpitala ogólnego nieposiadającego zgodnie z SIWZ kuchni, wynosi 19,98 netto zł i jest to stawka wyższa od najwyższej z realizowanych przez tego wykonawcę kontraktów aż o 29,88%. Wobec powyższego, odwołujący podniósł, że cena ta jest nienaturalnie wysoka i dowodzi, że ww. wykonawca dokonał niedozwolonego przesunięcia kosztów pomiędzy zadaniami, na które złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. W wyniku dokonanej manipulacji wybrany wykonawca uzyskał najwyższą ilość punktów w zadaniu, które umożliwia dzierżawę kuchni i pozwala świadczyć usługi żywienia na terenie B. w najkorzystniejszych warunkach technicznych, tj. w warunkach niemalże monopolisty.

10. Takie zachowanie jest nie tylko naganne z punktu widzenia dobrych obyczajów, ale też stanowi przejaw manipulacji cenami oferowanymi przez I.. Analogiczne sytuacje były już przedmiotem oceny ze strony Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2936/13. Odwołujący podkreślił, że KIO uznała opisany w ww. orzeczeniu proceder manipulacji za przejaw czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie natomiast z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”. Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 stycznia 2008 r., sygn. akt II CK 4/07, w świetle którego pojęcie dobrych obyczajów jest wystarczającą przesłanką do zakwalifikowania działania przedsiębiorcy jako czynu nieuczciwej konkurencji niezależnie od tego, czy czyn stanowi działanie sprzeczne z prawem. Jedynie na marginesie należy przypomnieć, że obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.

11. Odwołujący ponadto wskazał, że zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów

21

zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zaoferowane przez ww. wykonawców ceny za realizację zamówienia w zakresie Zadania nr 1 są zdaniem odwołującego rażąco niskie i stanowią *de facto* sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, co wypełnia dyspozycję art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podkreślił, iż przedstawione stanowisko potwierdza opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240). W opinii tej UOKiK napisał m.in.: „Na wstępie należy wskazać, że nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy. Aby takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnianiem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajadających usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji”. Oferowanie towarów lub usług poniżej ceny ich wytworzenia (cena dumpingowa, do której kwalifikowana jest również cena rażąco niska) jest działaniem mającym na celu utrudnianie dostępu do rynku, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i tym samym wypełnia przesłanki, o których mowa zarówno w przywołanej powyżej ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak również stanowi przesłankę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

12. Tym samym należy uznać, że I. dopuściła się niedozwolonej praktyki, tzw.

subsydiowania skrośnego, które polega na pokrywaniu kosztów danego kontraktu z innej działalności gospodarczej wykonawcy. Taka praktyka jest uznawana w orzecznictwie KIO za naruszenie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i rażąco niskiej ceny. Podkreśla się, że stanowi przejaw dążeń wykonawców do zdobycia przewagi konkurencyjnej przy wykorzystaniu metod naruszających dobre obyczaje. Jak zauważył odwołujący, w wyroku z dnia 17 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 149/16, KIO uznała

22

jednoznacznie subsydiowanie skrośne za niedozwolone.

13. Powyższe dowodzi, że I. manipulowała w celu pozyskania zamówienia proporcjami świadczonych usług na rzecz innych podmiotów, a dodatkowo, że przerzucała koszty pomiędzy odrębnie realizowane projekty.

G. NIEDOCHOWANIE NALEŻYTEJ STARANNOŚCI PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO

1. W świetle zaistniałych w niniejszym postępowaniu okoliczności zasadnym jest również podniesienie zarzutu niedochowania należytej staranności przez zamawiającego na etapie dokonywania oceny ofert. Zaniechanie przestrzegania zasad obiektywizmu oraz równego traktowania wykonawców miało bez wątpienia wpływ na dokonanie nieprawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty. Oferta złożona przez I. powinna bowiem zostać bezsprzecznie odrzucona z uwagi na spełnienie przesłanki rażąco niskiej cen, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

2. Na skutek zaniechania zamawiającego polegającego na niedokonaniu wszechstronnej oceny oferty oraz braku żądania udzielenia dodatkowych wyjaśnień od I. w kwestiach budzących wątpliwości, jak również zaniechania wezwania C. do wyjaśnień ceny oferty, doszło do naruszenia zasady równego traktowania wyrażonej w art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Równe traktowanie, jako jeden z naczelných obowiązków zamawiającego, stanowi o konieczności traktowania wszystkich wykonawców w tych samych warunkach w ten sam sposób. Podniesiony przez odwołującego zarzut manipulowania cenami w ofercie I. oraz prawdopodobieństwo podobnej manipulacji przez C. ze względu na zbliżone wartości cen ofert obydwu tych wykonawców jednoznacznie dowodzą naruszenia zasady równego traktowania. Według podstawowej wiedzy oraz doświadczenia, ceny zawarte w ofertach I. oraz C. nie odzwierciedlają bowiem realnych kosztów wykonania Części 1 zamówienia, a mimo to zamawiający zaniechał badania ceny oferty C. i niewłaściwie ocenił wyjaśnienia I., w wyniku czego nie odrzucił ofert ww. wykonawców i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę I..

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty I. jako najkorzystniejszej;
3. nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty I. ze względu na wadę rażąco niskiej ceny oraz niezgodność oferty z treścią SIWZ;
4. nakazanie zamawiającemu dokonania weryfikacji oferty C., w tym wezwania C. do udzielenia wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie C. oraz możliwości

23

wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, stosownie do przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ustawy Pzp;

5. dopuszczenie w postępowaniu odwoławczym dowodów z dokumentów wymienionych w treści odwołania oraz stanowiących załącznik do odwołania;

6. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, w tym m.in. kosztami wpisu, prawnego oraz innych uzasadnionych kosztów poniesionych przez zastępstwa odwołującego, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionym podczas rozprawy.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił w dniu 9 czerwca 2017 r. wykonawca I..

W toku postępowania strony podtrzymały swe stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, treść ofert złożonych

przez I., C. oraz odwołującego, treść Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść pisma zamawiającego skierowanego do I. w dniu 10 maja 2017 r., treść wyjaśnień złożonych przez I. w dniu 12 maja 2017 r., oraz dokumenty wskazane w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody. O braku interesu we wniesieniu odwołania nie może świadczyć okoliczność, że cena zaoferowana przez odwołującego przekracza kwotę, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Samo stwierdzenie, że cena zaoferowana przez odwołującego przekracza kwotę, jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia nie oznacza automatycznie, że oferta z wyższą od założonej przez zamawiającego ceną nie będzie mogła zostać wybrana. Przepisy ustawy Pzp pozostawiają zamawiającemu możliwość pozyskania dodatkowych środków, a zatem dopóki zamawiający nie wykaże, że takiej możliwości nie ma, nie można przesądzić o tym, że oferta odwołującego nie może zostać wybrana. Jest to jednak dalszy etap postępowania. Nieuzasadnione jest również

24

twierdzenie, że okoliczność, iż odwołujący złożył odwołanie mimo tego, że zaoferował cenę wyższą niż kwota środków przeznaczonych na to zamówienie przez zamawiającego świadczy o tym, że odwołujący dąży do unieważnienia postępowania, co miałoby skutkować brakiem interesu we wniesieniu odwołania. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu i ma prawo dążyć do uzyskania zamówienia. Odwołanie stanowi zaś środek ochrony prawnej nakierowany na zmianę sytuacji wykonawcy w danym postępowaniu. Interes we wniesieniu odwołania materializuje się na moment jego wniesienia i w ocenie Izby, na moment wniesienia odwołania odwołujący takowy interes posiadał, bowiem jego oferta nie została odrzucona, a jednocześnie została wybrana oferta innego wykonawcy, który to wybór odwołujący kwestionuje.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 28 lipca 2016 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020).

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Izba ustaliła, że szacunkowa wartość zamówienia w Części 1 powiększona o VAT to 3 454 370,91 zł (pkt 2 Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego). Do upływu terminu składania ofert na Część 1 zamówienia złożone zostały następujące oferty:

C. S.A. – 3 826 979,12 zł brutto (12,94 zł za osobodzień),

I. – 7 139 356,72 zł brutto (24,14 zł brutto za osobodzień),

I. – 2 851 010,72 zł brutto (9,64 zł brutto za osobodzień).

Średnia cen ofert złożonych na Część 1 zamówienia to: 4 605 782,19 zł.

Odnosnie zarzutów naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 4 oraz art. 90 ustawy Pzp, w pierwszej kolejności zauważyć należy, iż zarzuty te skonstruowane zostały w oparciu o założenia poczynione przez odwołującego, bez znajomości szczegółowych elementów ofert I. oraz C. i wyjaśnień złożonych przez I., a więc z góry konstrukcja taka może być obarczona pewnego rodzaju błędem w rozumowaniu z uwagi na wnioskowanie z niewiadomego. Przeprowadzona przez Izbę analiza porównawcza założeń odwołującego oraz oferty i wyjaśnień I. pokazuje, że odwołujący poczynił niewłaściwe założenia, co w konsekwencji prowadziło do konieczności uznania przez Izbę zarzutów za niepotwierdzone.

25

Rozpoznając zarzut dotyczący wysokości ceny zaoferowanej przez I. oraz wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w dniu 12 maja 2017 r. zauważyć należy, iż zgodnie z art.

89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Możliwość zastosowania przywołanego przepisu poprzedzona być musi wyczerpaniem przez zamawiającego procedury wyjaśniającej cenę, którą reguluje art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Automatyczne przyjmowanie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską, jest niedopuszczalne. Ocena, czy zaoferowana cena jest niewiarygodna, dokonywana jest w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, gdy w okolicznościach sprawy zachodziły podstawy do wszczęcia takiej procedury wyjaśniającej. Jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone lub z ich treści wynika, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Pojęcie rażąco niskiej ceny nie zostało zdefiniowane w ustawie Pzp. Przyjmuje się za orzecnictwem europejskim, orzecnictwem sądów okręgowych, KIO oraz doktryną, iż za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert. O cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne. O zjawisku rażąco niskiej ceny można mówić również, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać.

Z kolei art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp regulujące instytucję wyjaśnień mają na celu ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający korzystając z regulacji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w sytuacji, kiedy cena oferty, koszt lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia,

26

- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień.

Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, pomoc publiczną udzieloną na podstawie odrębnych przepisów, wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujące w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, wynikające z przepisów prawa ochrony środowiska, powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma zatem obowiązek podać zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie zamawiającego. Niewątpliwie przy ocenie wyjaśnień uwzględnić należy treść samego wezwania wystosowanego przez zamawiającego.

Oceniając ten zarzut Izba wzięła pod uwagę okoliczność, iż cena zaoferowana przez I. nie odbiega w znaczący sposób od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej

o podatek VAT oraz kolejnej oferty złożonej w tym postępowaniu, tj. oferty C.. To oferta cenowa złożona przez odwołującego, w znaczący sposób odbiegająca od wszystkich tych wartości, miała wpływ na ukształtowanie średniej arytmetycznej cen na tak wysokim poziomie i skutkowała koniecznością zwrócenia się do I. z pytaniem w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że I. wykazała, że zaoferowana przez tego wykonawcę cena jest realna. Izba zważyła, że nie bez znaczenia jest fakt, że I. realizuje usługę żywienia pacjentów na rzecz zamawiającego od 2006 r., co sprawia, że znając wszelkie okoliczności realizacji zamówienia wykonawca ten jest w stanie maksymalnie zoptymalizować koszty, jakie pociąga za sobą wykonanie takiej umowy. Posiadanie sprzętu zakupionego dla danej lokalizacji i zamortyzowanego, zatrudnionych pracowników, którzy nie wymagają przeszkolenia w zakresie realizacji swoich obowiązków, zatrudnienie mniejszej niż pozostali

27

wykonawcy liczby osób bezrobotnych, co pozwala na skalkulowanie niższych kosztów przeszkolenia takich osób, czy doświadczenie w prowadzeniu stołówki pracowniczej, które pozwala na obniżenie marży z tytułu realizacji kontraktu to okoliczności, które realnie wpływają na wysokość zaoferowanej ceny. I. wraz z pismem z dnia 12 maja 2017 r. przedstawiła kalkulację zaoferowanej ceny wraz z dowodami mającymi na celu wykazanie posiadania przez I. wyjątkowo sprzyjających warunków realizacji zamówienia, które Izba wzięła pod uwagę, a do których nie może się szczegółowo odnieść z uwagi na zastrzeżenie ich treści jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba uwzględniła również okoliczność, że zgodnie z oświadczeniem złożonym przez pełnomocnika I. na rozprawie, zarząd I. podjął decyzję o rezygnacji z części marży na Części 1 przedmiotowego zamówienia mając na względzie korzyści, jakie przynosi odwołującemu realizacja zamówienia na rzecz zamawiającego, tj. posiadanie kuchni centralnej, z której I. może dostarczać posiłki na rzecz innych podmiotów. Jednocześnie, Izba stwierdziła, że podstawy do uznania, że I. zaoferowała rażąco niską cenę nie mogą stanowić wyliczenia wskazane w treści odwołania. Brak jest bowiem podstaw do dokonania podziału wysokości wsadu do kotła na pięć równych posiłków z uwagi na to, że nie są to posiłki równej wielkości – różna jest wartość produktów użytych do ich przyrządzenia (wysokość wsadu do kotła dla II-go śniadania czy podwieczorku jest znikoma w stosunku do obiadu, śniadania czy kolacji, co potwierdził zamawiający w treści Załącznika nr 1 do SIWZ). Wyliczenia dokonane przez odwołującego nie uwzględniają też takich okoliczności, jak pacjenci karmieni mlekiem specjalistycznym, które dostarcza zamawiający, zaś wykonawca ponosi jedynie koszt wody, czy też pacjenci karmieni dietą kleikową lub zupkami jarzynowymi, podczas gdy posiłki kuchni mlecznej stanowią 25% posiłków w ramach przedmiotu zamówienia. Koszty sporządzania posiłków w ramach tych diet są mniejsze, wykonawca zaś otrzyma zapłatę za pełny osobodzień. Argumentu na potwierdzenie, że cena zaoferowana przez I. jest rażąco niska nie mogą też stanowić ceny zaoferowane przez tego wykonawcę w innych postępowaniach. Każde z tych postępowań różni się od siebie, posiada inne warunki realizacji, w tym np. inne zamówienia nie przewidują dzierżawienia kuchni w siedzibach zamawiających i dlatego nie mogą stanowić wyznacznika co do wysokości cen. Podobnie, o nierealności ceny zaoferowanej przez I. nie może świadczyć treść przywoływanych przez odwołującego raportów Najwyższej Izby Kontroli, jako że wskazana w nich średnia cena nie jest ceną rzeczywistą, co więcej, średnie koszty osobodni podane w ww. raportach odnoszą się do lat 2007 i 2008, i z uwagi na upływ czasu nie mogą stać się podstawą do rzetelnej analizy porównawczej cen.

Podsumowując, brak jest podstaw do twierdzenia, że cena zaoferowana przez I. jest ceną nierynkową. Złożone przez I. wyjaśnienia z dnia 12 maja 2017 r. biorąc pod uwagę

28

zarówno ich część jawną, jak i utajnioną, w sposób wystarczający wskazują na prawidłowość kalkulacji ceny. Przedstawiają one okoliczności pozwalające na obniżenie ceny, co poparte zostało stosownymi dowodami. Ponadto, Izba stwierdziła, że w przedmiotowym stanie faktycznym należy uznać, że rynek kształtują ceny zaoferowane przez I. i C. w przedmiotowym postępowaniu, jako że cena zaoferowana przez odwołującego odbiegała w drastyczny sposób od cen podanych przez ww. wykonawców

i szacunkowej wartości zamówienia. Zamawiający, jako beneficjent przedmiotowych usług od wielu lat, również posiada doświadczenie w zakresie kształtowania się cen tego typu usług na terenie Białegostoku, co znalazło wyraz w ustalonej szacunkowej wartości zamówienia. Z uwagi na powyższe, nie znalazły potwierdzenia zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ustawy Pzp. Podstawę oceny zasadności ww. zarzutów stanowiły wyjaśnienia złożone przez I. w dniu 12 maja 2017 r., które, jak wskazano powyżej, Izba uznała za wystarczające do wykazania rzetelności kalkulacji dokonanej przez I.. Jednocześnie, Izba wzięła pod uwagę argumentację przedstawioną w piśmie z dnia 30 czerwca 2017 r. złożonym przez I., jako że stanowi ona odpowiedź na zarzuty stawiane przez odwołującego w odwołaniu. Nieuprawnione byłoby bowiem, wbrew stanowisku odwołującego, nie dopuszczenie do obrony własnej oferty przez I., skoro to na tym wykonawcy, zgodnie z art. 198ea ustawy Pzp, spoczywa ciężar dowodu.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty I. w sytuacji, gdy wykonawca ten założył niezgodny z wymogami SIWZ sposób wykorzystania kuchni centralnej zamawiającego, ujął koszty wykonania niniejszego zamówienia w kosztach realizacji innych zamówień, a nadto poziom zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny za 1 osobodzień świadczy o tym, że treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ, w szczególności w zakresie jakości oferowanych posiłków. W tym zakresie Izba podtrzymuje argumentację
za Izba uznała twierdzenie zaprezentowaną powyżej. Dodatkowo,

niewykazane
odwołującego o przeniesieniu przez I. kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia na koszty innych zamówień. Twierdzeniu temu zaprzeczyła I. na rozprawie składając oświadczenie, że nie mogła przesunąć kosztów z Części 1 przedmiotowego zamówienia na inne zamówienia, bowiem przy niepozyskaniu innych zamówień, przedmiotowe zamówienie w Części 1 byłoby niedofinansowane.

Powyższa argumentacja pozostaje aktualna dla zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny przez C.. Jako że nie potwierdził się zarzut zaoferowania rażąco niskiej ceny przez I., brak jest podstaw do stwierdzenia, że cena zaoferowana przez C., która jest wyższa od ceny I., jest nierealna, nierynkowa i nie zapewnia realizacji zamówienia bez strat. Co więcej, nie

zaistniały ustawowe przesłanki do wystosowania do C. wezwania w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp.

Izba nie znalazła również podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieodrzucenie oferty I. z uwagi na naruszenie dobrych obyczajów kupieckich, polegające na manipulacji cenami zawartymi w ofertach I. oraz w związku z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, tak przez I., jak i C., w postaci utrudniania konkurentom dostępu do rynku poprzez zaproponowanie w ofertach tych wykonawców dotyczących Części 1 zamówienia cen usług, które *de facto* pozostają niższe niż koszt ich wytworzenia, jak też przez nieuznanie oferty I. za niezgodną z przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w sytuacji, gdy wyjaśnienia I., zawarte w piśmie z dnia 12 maja 2017 r., jednoznacznie wskazywały, iż I. posiadała więcej informacji niż te, które udostępnione zostały pozostałym wykonawcom biorącym udział w przetargu publicznym. Za nietrafny i nie wykazany Izba uznała argument dotyczący dokonania przez I. kompensacji ceny za Część 1 zamówienia kosztem ceny za Część 2 zamówienia. Jak wyjaśniła I., kalkulując cenę za Część 2 zamówienia wykonawca ten wziął pod uwagę, iż może nie pozyskać zamówienia w Części 1, stąd uwzględniła w cenie za Część 2 zamówienia dostawę posiłków z kuchni zewnętrznej i podjęła kroki mające na celu zapewnienie innej kuchni niż dzierżawiona w ramach Części 1 zamówienia. Kompensacja, którą zarzuca odwołujący, byłaby działaniem nieracjonalnym również z tego względu, że wykonawca składający ofertę nie może mieć pewności, że pozyska obie części zamówienia. Ponadto, Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający postawił inne wymagania w stosunku do sposobu realizacji zamówienia w Części 2 niż te wskazane dla Części 1 zamówienia, co niewątpliwie miało wpływ na cenę. I. nie wskazała ponadto na decyzję o obniżeniu marży za Część 2 zamówienia, na co wskazywała odnosząc się do Części 1. O manipulacji ceną nie może też świadczyć stawka za osobodzień zaoferowana przez I. oraz C. w Części 2 zamówienia. Odwołujący odnosząc się do kosztów za osobodni skalkulowanych

przez I. i C. w obu częściach zamówienia stwierdził, że niezgodne z doświadczeniem życiowym i zasadami logiki jest uznanie, że pomiędzy wykonywaniem usługi żywienia pacjentów w Części 1 i Części 2 mogą zachodzić tak istotne różnice, które uzasadniałyby znacząco różne stawki. Odwołujący uznał działanie ww. wykonawców w tym zakresie za świadomą manipulację cenami. Twierdzenia odwołującego Izba uznała w tym zakresie za niezasadne i niewykazane. Izba zważyła, że sytuacja podobna do zaistniałej w przedmiotowym postępowaniu miała miejsce w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w 2013 r., w którym tak I., jak i odwołujący zaoferowali cenę za osobodzień dwukrotnie wyższą dla Części 2 niż dla Części 1 zamówienia. Wykazanie przez I., że

30

zaoferowana cena nie jest rażąco niska, różnice pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia w Części 1 i Części 2 zamówienia, jak też dotychczasowa praktyka wykonawców, w tym odwołującego, w wycenie obu tych części prowadzi do wniosku, iż nie zaistniały podstawy do twierdzenia o manipulacji cenami przez I. i C..

Za nieprzekonującą Izba uznała też argumentację odwołującego, który wskazywał na zaoferowanie innych cen w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Jak wskazano powyżej, postępowania różnią się od siebie, posiadają inne warunki realizacji. Za niezasadne Izba uznała również twierdzenie odwołującego, że I. posiadała więcej informacji niż te, które udostępnione zostały pozostałym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu. Odwołujący nie wskazał, jakich informacji nie zawarł zamawiający w dokumentacji przetargowej. Jednocześnie, nie sposób czynić zarzutu wobec wykonawcy I., że kalkulując cenę miał na uwadze własne doświadczenie zdobyte przy realizacji zamówień na rzecz zamawiającego.

Nie zasługuje także na uwzględnienie zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez odmowę ujawnienia informacji, które I. zastrzegła jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zauważyć należy, iż zgodnie z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa zawartą w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 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.

Z legalnej definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

i) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,

ii) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,

iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odnosnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.

Odnosnie warunku drugiego, tj. nieujawnienia do wiadomości publicznej, przyjmuje się, że informacja „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest

31

znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

Odnosnie warunku trzeciego, tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności, należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma 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.

Dalej dostrzeżenia wymaga, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną

wprost w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp). Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania powinna być interpretowana w sposób ścisły, a zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty. Podkreślić należy, że ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego sporu, złożone przez I. uzasadnienie, dlaczego materię wyjaśnień kalkulacji i przyjętych założeń realizacji przedmiotu zamówienia traktować należy jako tajemnicę przedsiębiorstwa, Izba uznała za wystarczające. Wykonawca ten odniósł się do faktu, jaką wartość gospodarczą posiadają dane informacje dla wykonawcy. I. wyjaśniła, że poszczególne informacje wynikające z wyjaśnień obrazują poziom i sposób kalkulacji kosztów, a ich ujawnienie mogłoby negatywnie wpłynąć na pozycję wykonawcy na rynku danych usług. Tym samym więc wykonawca wskazał, jaką wartość gospodarczą posiadają dane informacje.

W ocenie Izby, informacje ujęte w wyjaśnieniach I. z dnia 12 maja 2017 r. odnoszących się do ceny stanowią, w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, informacje posiadające dla danego przedsiębiorcy

32

wartość gospodarczą, ponieważ są to informacje dotyczące sposobu budowy szczegółowej kalkulacji ceny dla danego zamawiającego, mechanizmów pozwalających na obniżenie kosztów pracowniczych, jak też wskazania podmiotów, z którymi współpracuje I.. Zauważyć należy, że wartość gospodarcza określonej informacji poufnej przejawia się co do zasady w możliwości wykorzystania tej informacji w walce konkurencyjnej. Chodzi więc o wykazanie, że dana informacja dotyczy działalności gospodarczej określonego przedsiębiorcy i może być wykorzystana w walce konkurencyjnej. Taki charakter mają informacje zawarte w przedmiotowych wyjaśnieniach. Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, by informacje z wyjaśnień I. miały charakter publiczny. Izba dokonując analizy złożonych dokumentów i wyjaśnień uznała, iż dokumenty te, będące zbiorem informacji o sposobie realizacji zamówienia, mogą mieć wartość gospodarczą. O ile można by przyjąć, że niektóre informacje, wyrwane z kontekstu całego dokumentu zawierają informacje jawne, o tyle cały zbiór informacji zawartych w wyjaśnieniach obrazuje sposób realizacji zamówienia przyjęty przez wykonawcę, który warunkuje zaoferowanie konkurencyjnej ceny.

W ocenie Izby, na podstawie otrzymanych wyjaśnień zamawiający zasadnie doszedł do wniosku o skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez I.. Zamawiający dochował należytej staranności w przeprowadzeniu procesu badania skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z tych względów Izba uznała, że swoim postępowaniem zamawiający nie naruszył przepisów odnoszących się do przestrzegania zasady jawności w postępowaniu.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania. Zamawiający nie naruszył zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.). Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika I. o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, jako że

przepisy rozporządzenia w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania pozwalają, w przypadku oddalenia

33

odwołania, na zasądzenie od odwołującego na rzecz uczestnika postępowania odwoławczego kosztów, o których mowa w § 3 ust. 2 ww. rozporządzenia, wyłącznie w sytuacji, gdy uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania (§ 5 ust. 3 pkt 2) ww. rozporządzenia). Taka sytuacja w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy nie zaistniała.

Przewodniczący:

34