Sygn. akt: KIO 2672/21
KIO 2816/21

WYROK

z dnia 26 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Anna Kuszel-Kowalczyk
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 9 września 2021 r. przez odwołującego: wykonawcę ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 2672/21);

B. w dniu 23 września 2021 r. przez odwołującego: wykonawcę ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 2816/21)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zarząd Dróg Miasta Krakowa z siedzibą w Krakowie

przy udziale wykonawcy FBSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2672/21 oraz sygn. akt KIO 2816/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

I. Sygn. akt KIO 2672/21:

1. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przepisów: art. 74 ust. 2 w związku z art. 18 ust. 1 i ust. 3 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. W pozostałym zakresie postępowanie odwoławcze umarza.

3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

II. Sygn. akt KIO 2816/21:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przepisów: art. 224 ust. 6 i ust.

5 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę FBSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego w części 1/2 oraz zamawiającego w części 1/2, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy);

3.3. znosi wzajemnie pomiędzy odwołującym i zamawiającym koszty poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2672/21
KIO 2816/21

Uzasadnienie

Zamawiający Zarząd Dróg Miasta Krakowa z siedzibą w Krakowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Utrzymanie, konserwacja i bieżące naprawy instalacji oraz urządzeń oświetlenia dróg, ulic, parków, placów, skwerów, mostów, estakad, tuneli, przejść podziemnych oraz iluminacji wybranych obiektów Gminy Miejskiej Kraków” (numer postępowania: 5/II/2021). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 8 marca 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 046-115681.

KIO 2672/21

I. W dniu 9 września 2021 r. wykonawca ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie (odwołujący) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

a. zaniechania przekazania odwołującemu pełnej treści (z wszystkimi załącznikami) wyjaśnień wykonawcy FBSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej także jako FBSerwis) w sprawie rażąco niskiej istotnej części składowej ceny w postaci wynagrodzenia ryczałtowego (jak i uzupełnienia tychże wyjaśnień) i bezpodstawnego uznania tych wyjaśnień i ich uzupełnienia za tajemnicę przedsiębiorstwa;

b. zaniechania odrzucenia oferty FBSerwis jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, ewentualnie jako niezgodnej z warunkami zamówienia;

c. dokonania ponownego wezwania w dniu 27 lipca 2021 r. FBSerwis do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny;

d. zaniechania wezwania FBSerwis do uzupełnienia oświadczenia w postaci wykazu usług wraz z referencjami (ewentualnie innymi dokumentami przewidzianymi prawem) celem wykazania spełnienia warunku, o którym mowa w cz. III pkt 3 lit. d) tiret drugi SWZ [„usługi polegające na konserwacji (...)"];

e. (ewentualnie, w stosunku do b i c powyżej, z najdalej posuniętej ostrożności procesowej) zaniechania wezwania FBSerwis do złożenia dalszych wyjaśnień

w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do wynagrodzenia ryczałtowego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp":

1. art. 224 ust. 6 i ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art.

16 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty FBSerwis, mimo że (każda z poniższych okoliczności samodzielnie uzasadnia konieczność odrzucenia oferty wykonawcy):

- oferta FBSerwis zawiera rażąco niską cenę (koszt) w stosunku do przedmiotu

zamówienia, gdyż znacząco - w odniesieniu do wynagrodzenia ryczałtowego, stanowiącego istotną część składową ceny - odbiega od cen rynkowych oraz nie uwzględnia wszystkich kosztów świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia i wynagrodzeniem ryczałtowym, a jej zaniżenie nie znajduje innego uzasadnienia niż chęć uzyskania zamówienia kosztem poniesienia straty ekonomicznej, względnie kosztem nieuprawnionego obniżenia jakości usługi w stosunku do warunków ujętych w ofercie,

- FBSerwis wezwane do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do wynagrodzenia ryczałtowego nie wykazało, jak i nie udowodniło, że cena ta nie jest rażąco niska, w szczególności w związku z brakiem przedstawienia szeregu dowodów, w tym umów o pracę, wykazujących koszty osobowe,

- złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (kosztu) - w postaci wynagrodzenia ryczałtowego, w szczególności mając na uwadze fakt, że przez pominięcie poszczególnych kosztów nie można mówić o tym, że wyjaśnienia uzasadniają cenę ofertową (w zakresie wynagrodzenia ryczałtowego), która to cena musi wszak uwzględniać całość prac wynikających z dokumentacji postępowania (przedstawienie zatem kalkulacji nie odnoszącej się do tego co ma być wykonane nie może być uznane za uzasadnienie ceny złożonej w ofercie, która musi odnosić się do zakresu prac wynikającego z SWZ), ewentualnie należy uznać, że

- w ogóle nie doszło do złożenia wyjaśnień, gdyż za takie nie mogą być uznane wyjaśnienia, które nie odnoszą się do wszystkich elementów kosztowych, bądź też przedstawiają je w zaniżonej wysokości,

ewentualnie wniosek z dwóch tiretów poprzedzających należy wysnuć z uwagi na konieczność dodatkowego wzywania FBSerwis do złożenia dalszych wyjaśnień (co też pokazuje, że wcześniejsze wyjaśnienia były niezadowalające), co też oznacza, że w istocie doszło do niedopuszczalnego i naruszającego zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji przywrócenia terminu do złożenia wyjaśnień, które powinny być w pełni prawidłowe po pierwszym wezwaniu zamawiającego;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty FBSerwis mimo faktu, iż jest niezgodna z warunkami zamówienia przez wskazanie za małej liczby osób do wykonania zamówienia (obsadzenia pogotowi), czy też w związku z położeniem bazy dyspozytorskiej nie na terenie Gminy Miejskiej Kraków;

3. art. 74 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie udostępnienia odwołującemu odtajnionych wyjaśnień (w tym też i uzupełnienia wyjaśnień) FBSerwis w sprawie rażąco niskiej istotnej części składowej ceny (tj. wynagrodzenia ryczałtowego), mimo iż FBSerwis nie dokonało skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, tak ze względów formalnych (zastrzeżenie ma być czymś odrębnym od informacji utajnionych, co wynika jednoznacznie z treści art. 18 ust. 3, który warunkuje skuteczność dokonania zastrzeżenia tym, aby zastrzeżenie nastąpiło „wraz z przekazaniem takich informacji", z czego wynika, że zastrzeżenie i przekazywane informacje stanowią dwa odrębne byty, a więc w sytuacji dokonania zastrzeżenia w piśmie wskazanym jako tajemnica przedsiębiorstwa nie dochodzi do spełnienia ww. warunku), jak i merytorycznych (utajnienie uzasadnione w ogólny sposób, oderwany od realiów niniejszej sprawy, bez wykazania spełnienia przesłanek możliwości zastrzeżenia takich informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności m.in. w związku z twierdzeniami ujętymi w zastrzeżeniu odnośnie nieujawniania określonych dokumentów innym podmiotom, podczas gdy oferty dostawców FBSerwis pokazujące możliwe rabaty, czy też identyfikujące takie podmioty, zostały przekazane odwołującemu przez FBSerwis bez powoływania się na tajemnicę przedsiębiorstwa podczas rozprawy przed KIO dotyczącej tego samego postępowania w dniu 22 czerwca 2021 r., sygn. KIO 1404/21);

4. (ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów skutkujących koniecznością odrzucenia oferty FBSerwis) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy

Pzp w zw. z cz. III pkt 3 lit. d) tiret drugi SWZ [„usługi polegające na konserwacji (...)"] w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów oraz oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w zw. z cz. IV pkt 3 lit. i) SWZ przez

zaniechanie wezwania FBSerwis w trybie wskazanego przepisu (art. 128 ust. 1

ustawy Pzp) do uzupełnienia oświadczenia pod nazwą Wykaz usług z uwagi na fakt, iż wykonawca nie spełnia ww. warunku udziału w postępowaniu - w szczególności

mając na uwadze fakt, że w odniesieniu do usługi opisanej w złożonym przez

FBSerwis wykazie usług pod pozycją nr 2 nie można uznać jego doświadczenia z uwagi na brak należytego wykonania takiej usługi;

5. (ewentualnie z najdalszej ostrożności procesowej) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie dalszego wzywania FBSerwis do złożenia wyjaśnień w sprawie wynagrodzenia ryczałtowego, jakie powinny zaistnieć po stronie zamawiającego, a które zostały wyraźnie przedstawione w piśmie w zakresie wyliczeń pokazujących, że oferta FBSerwis zawiera rażąco niską cenę w odniesieniu do wynagrodzenia ryczałtowego.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty FBSerwis jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, ewentualnie z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia,

2. nakazanie zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień FBSerwis, jak i pisma stanowiącego uzupełnienie wyjaśnień, w przedmiocie rażąco niskiej ceny (w odniesieniu do wynagrodzenia ryczałtowego),

3. ewentualnie nakazanie zamawiającemu wezwania FBSerwis do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp oświadczenia w postaci wykazu usług wraz z referencjami (ewentualnie innymi dokumentami przewidzianymi prawem) celem wykazania spełnienia warunku, o którym mowa w cz. III pkt 3 lit. d) tiret drugi SWZ [„usługi polegające na konserwacji (...)"]

4. z najdalej posuniętej ostrożności procesowej: nakazanie zamawiającemu wezwania FBSerwis do uzupełnienia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do wynagrodzenia ryczałtowego w związku z wyliczeniami wskazanymi w odwołaniu.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 i ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, nie mając dostępu do treści wyjaśnień FBSerwis dotyczących wyliczenia ceny w zakresie wynagrodzenia ryczałtowego, odwołujący przedstawił własne kompleksowe wyliczenia ceny w ww. zakresie, uwzględniające poszczególne elementy składowe ceny. Na poparcie przedstawionych wyliczeń odwołujący załączył do odwołania dowody, w szczególności odnoszące się do kosztów materiałów, a także kosztów osobowych i sprzętu. Między innymi odwołujący podniósł, że okoliczność ponowienia przez zamawiającego wezwania FBSerwis do udzielenia wyjaśnień, jak i treść postawionych w wezwaniu pytań, wskazuje na to, że wyjaśnienia pierwotnie udzielone przez ww. wykonawcę były nierzetelne. Mając na uwadze przedstawione wyliczenia do ww. zarzutu odwołujący sformułował przypuszczenia odnośnie niezgodności oferty FBSerwis z warunkami zamówienia przez wskazanie za małej liczby osób do wykonania zamówienia (obsadzenia pogotowi), czy też w związku z położeniem bazy dyspozytorskiej nie na terenie Gminy Miejskiej Kraków. W związki z powyższym odwołujący podniósł zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. W odniesieniu do niezgodności oferty FBSerwis z warunkami zamówienia w zakresie obsadzenia pogotowi odwołujący podkreślał konieczność zapewnienia dwuosobowego pogotowia. Przestawiając uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 74 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp odwołujący w szczególności wskazał na nieprawidłowy sposób dokonania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący stwierdził, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie może zostać przedstawione w tym samym dokumencie, który ma stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponieważ taka sytuacja wystąpiła w przypadku zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień FBSerwis dotyczących wyliczenia wynagrodzenia ryczałtowego, dokonane w ten sposób zastrzeżenie należy w ocenie odwołującego uznać za nieskuteczne. Ponadto, działając z ostrożności procesowej, odwołujący podniósł, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa FBSerwis ogranicza się do gołosłownych twierdzeń i w związku z tym nie może stanowić podstawy uznania, że doszło do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał na okoliczność ujawnienia treści ofert przez FBSerwis w toku poprzedniego postępowania odwoławczego. Odwołujący za absurdalne uznał zawarte w uzasadnieniu twierdzenie, że poznanie treści wyjaśnień pozwala na poznanie poziomu cen oferty. Zdaniem odwołującego ww. twierdzenie FBSerwis zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do poziomu wynagrodzeń świadczy o przyjęciu przez tego wykonawcę minimalnego poziomu wynagrodzeń. Za absurdalne uznał odwołujący wszystkie twierdzenia o poznawaniu słabych punktów w procesie dostaw (stwierdził, że podstawowe znaczenie dla wyceny mają koszty osobowe), o możliwości poznawania jakichkolwiek strategii czy o szacowaniu możliwości uzyskania zamówienia. Za niezrozumiałe uznał twierdzenia, że na podstawie analizy wyjaśnień konkurent miałby możliwość podważenia wiarygodności FBSerwis, czy też że poznanie poziomu rabatów (co i tak zostało ujawnione) umożliwiłoby

wykonawcom prowadzenie skutecznych negocjacji. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z cz. III pkt 3 lit. d) tiret drugi

SWZ [„usługi polegające na konserwacji (...)”] w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów oraz oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w zw. z cz. IV pkt 3 lit. i) SWZ, odwołujący podnosił niewykazanie przez FBSerwis spełnienia postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Odwołujący w szczególności wskazywał, że uwzględnieniu w tym zakresie nie może podlegać umowa zrealizowana przez FBSerwis na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach Rejon w Zabrzu. Z uwagi na obciążenie ww. wykonawcy karami umownymi usługa ta nie może w ocenie odwołującego zostać uznana za należycie wykonaną. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia.

Dodatkowe stanowisko w sprawie odnośnie zarzutu nr 2 odwołujący przedstawił w piśmie z dnia 20 października 2021 r. (wniesionym do akt sprawy w dniu 21 października 2021 r.).

II. Odpowiedzi na odwołanie zamawiający udzielił ustnie do protokołu rozprawy. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

W odniesieniu do zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 i ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający wskazał, że przeanalizował wyjaśnienia złożone przez FBSerwis i uznał, że nie zachodzi podstawa do odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę. Stwierdził, że pierwsze wezwanie miało ogólny charakter, natomiast drugie wezwanie miało na celu uszczegółowienie wyjaśnień odnośnie kilku pozycji. W ocenie zamawiającego dowody złożone wraz z wyjaśnieniami potwierdzają, że FBSerwis spełnił wymagania postawiane w odniesieniu do liczby osób do wykonania

zamówienia (obsadzenia pogotowi) jak i zorganizowania bazy dyspozytorskiej na terenie gminy miejskiej Kraków. W związku z tym zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp uznał za niezasadny. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 74 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp stwierdził, że w jego ocenie FBSerwis dokonał skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a samo uzasadnienie tego zastrzeżenia nie zostało utajnione. Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z cz. III pkt 3 lit. d) tiret drugi SWZ [„usługi polegające na konserwacji (...)"] w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów oraz oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w zw. z cz. IV pkt 3 lit. i) SWZ uznał za niezasadny. Wyjaśnił, że w związku z wyrokiem Izby w sprawie KIO 1404/21 zwrócił się do Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach Rejon w Zabrzu oraz Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie z prośbą o udzielenie dodatkowych informacji odnośnie usług przedstawionych przez FBSerwis na potwierdzenie spełniania warunku. Z odpowiedzi udzielonych przez te podmioty wynika, że wymagania zamawiającego odnośnie posiadania doświadczenia niezbędnego do realizacji zamówienia zostały przez FBSerwis spełnione. Ponadto zamawiający wskazał, że zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp pozostaje w sprzeczności z pierwszym z zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca FBSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej także jako „przystępujący"). Stanowisko w sprawie przystępujący przedstawił ustnie do protokołu

rozprawy.

Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1

ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z cz. III pkt 3 lit. d) tiret drugi SWZ [„usługi

polegające na konserwacji (...)"] w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów oraz oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w zw. z cz. IV pkt 3 lit. i) SWZ, na podstawie art. 528 pkt 3 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Uzasadniając ww. wniosek przystępujący stwierdził, że odwołujący podnosząc ww. zarzut oparł się na własnych informacjach, które mógł pozyskać składając pierwsze odwołanie (KIO 1402/21).

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 74 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przystępujący wskazał, że zamawiający częściowo odtajnił wyjaśnienia, natomiast samo uzasadnienie nie było w całości zastrzeżone, a jedynie w części w zakresie kwestii technicznych. Stwierdził, że wartości gospodarczej nie da się wykazać za pomocą środków dowodowych. Przyznał, że w toku poprzedniego postępowania odwoławczego doszło do ujawnienia części informacji, jednakże było to przez przystępującego niezamierzone.

KIO 2816/21

I. W dniu 23 września 2021 r. wykonawca ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

a. zaniechania odrzucenia oferty FBSerwis jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, ewentualnie jako niezgodnej z warunkami zamówienia;

b. dokonania ponownego wezwania w dniu 27 lipca 2021 r. FBSerwis do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny,

c. zaniechania wezwania FBSerwis do uzupełnienia oświadczenia w postaci wykazu usług wraz z referencjami (ewentualnie innymi dokumentami przewidzianymi prawem) celem wykazania spełnienia warunku, o którym mowa w cz. III pkt 3 lit. d) tiret drugi SWZ [„usługi polegające na konserwacji (.)"];

d. zaniechania wezwania FBSerwis do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do wynagrodzenia ryczałtowego;

e. a w konsekwencji dokonania wyboru oferty FBSerwis jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 224 ust. 6 i ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art.

16 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty FBSerwis, mimo że (każda z poniższych okoliczności samodzielnie uzasadnia konieczność odrzucenia oferty

wykonawcy):

- oferta FBSerwis zawiera rażąco niską cenę (koszt) w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż znacząco - w odniesieniu do wynagrodzenia ryczałtowego, stanowiącego istotną część składową ceny - odbiega od cen rynkowych oraz nie uwzględnia wszystkich kosztów świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia i wynagrodzeniem ryczałtowym, a jej zaniżenie nie znajduje innego uzasadnienia niż chęć uzyskania zamówienia kosztem poniesienia straty ekonomicznej, względnie kosztem nieuprawnionego obniżenia jakości usługi w stosunku do warunków ujętych w ofercie,

- FBSerwis wezwane do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do wynagrodzenia ryczałtowego nie wykazało, jak i nie udowodniło, że cena ta nie jest rażąco niska, w szczególności w związku z brakiem przedstawienia szeregu dowodów, w tym umów o pracę, wykazujących koszty osobowe.

- złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (kosztu) - w postaci wynagrodzenia ryczałtowego, w szczególności mając na uwadze fakt, że przez pominięcie poszczególnych kosztów nie można mówić o tym, że wyjaśnienia uzasadniają cenę ofertową (w zakresie wynagrodzenia ryczałtowego), która to cena musi wszak uwzględniać całość prac wynikających z dokumentacji postępowania (przedstawienie zatem kalkulacji nie odnoszącej się do tego co ma być wykonane nie może być uznane za uzasadnienie ceny złożonej w ofercie, która musi odnosić się do zakresu prac wynikającego z SWZ), ewentualnie należy uznać, że

- w ogóle nie doszło do złożenia wyjaśnień, gdyż za takie nie mogą być uznane wyjaśnienia, które nie odnoszą się do wszystkich elementów kosztowych, bądź też przedstawiają je w zaniżonej wysokości,

ewentualnie wniosek z dwóch tiretów poprzedzających należy wysnuć z uwagi na konieczność dodatkowego wzywania FBSerwis do złożenia dalszych wyjaśnień (co też pokazuje, że wcześniejsze wyjaśnienia były niezadowalające), co też oznacza, że

w istocie doszło do niedopuszczalnego i naruszającego zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji przywrócenia terminu do złożenia wyjaśnień, które powinny być w pełni prawidłowe po pierwszym wezwaniu zamawiającego;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie

odrzucenia oferty FBSerwis mimo faktu, iż jest niezgodna z warunkami zamówienia przez wskazanie za małej liczby osób do wykonania zamówienia (obsadzenia pogotowi), czy też w związku z położeniem bazy dyspozytorskiej nie na terenie Gminy Miejskiej Kraków;

3. (ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów skutkujących koniecznością odrzucenia oferty FBSerwis) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z cz. III pkt 3 lit. d) tiret drugi SWZ [„usługi polegające na konserwacji (.)"] w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów oraz oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w zw. z cz. IV pkt 3 lit. i) SWZ przez zaniechanie wezwania FBSerwis w trybie wskazanego przepisu (art. 128 ust. 1 ustawy Pzp) do uzupełnienia oświadczenia pod nazwą Wykaz usług z uwagi na fakt, iż wykonawca nie spełnia ww. warunku udziału w postępowaniu - w szczególności mając na uwadze fakt, że w odniesieniu do usługi opisanej w złożonym przez FBSerwis wykazie usług pod pozycją nr 2 nie można uznać jego doświadczenia z uwagi na brak należytego wykonania (wykonywania) takiej usługi;

4. (ewentualnie z najdalszej ostrożności procesowej) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie dalszego wzywania FBSerwis do złożenia wyjaśnień w sprawie

wynagrodzenia ryczałtowego, jakie powinny zaistnieć po stronie zamawiającego, a które zostały wyraźnie przedstawione w piśmie w zakresie wyliczeń pokazujących, że oferta FBSerwis zawiera rażąco niską cenę w odniesieniu do wynagrodzenia ryczałtowego.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty FBSerwis jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, ewentualnie z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia,

2. ewentualnie nakazanie zamawiającemu wezwania FBSerwis do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp oświadczenia w postaci wykazu usług wraz z referencjami

(ewentualnie innymi dokumentami przewidzianymi prawem) celem wykazania

spełnienia warunku, o którym mowa w cz. III pkt 3 lit. d) tiret drugi SWZ [„usługi polegające na konserwacji (.)"];

3. ewentualnie, z najdalej posuniętej ostrożności procesowej, nakazanie zamawiającemu wezwania FBSerwis do uzupełnienia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do wynagrodzenia ryczałtowego w związku z wyliczeniami wskazanymi w odwołaniu.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący przedstawił uzasadnienie jak w odwołaniu

w sprawie KIO 2672/21.

Dodatkowe stanowisko w sprawie odnośnie zarzutu nr 2 odwołujący przedstawił w piśmie z dnia 20 października 2021 r. (wniesionym do akt sprawy w dniu 21 października 2021 r.).

II. Odpowiedzi na odwołanie zamawiający udzielił ustnie do protokołu rozprawy. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie. Uzasadnienie zajętego w sprawie stanowiska przedstawił jak w sprawie KIO 2672/21.

W związku ze złożeniem przez wykonawcę FBSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie wniosku o odrzucenie odwołania, zamawiający poparł stanowisko przedstawione przez tego wykonawcę i również wniósł o odrzucenie odwołania.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca FBSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej także jako „przystępujący"). Stanowisko w sprawie przystępujący przedstawił ustnie do protokołu rozprawy.

Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania w sprawie KIO 2816/21. Uzasadniając ww. wniosek wskazał, że informacje, które stały się podstawą wniesienia tego odwołania, odwołujący uzyskał w dniu 30 sierpnia 2021 r., tj. kiedy zamawiając dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej oferty. Z informacji przekazanej przez zamawiającego w dniu 9 września 2021 r. wynika, że unieważnienie tej czynności nastąpiło wyłącznie z uwagi na wystąpienie błędu formalnego. Niezależnie od powyższego przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z cz. III pkt 3 lit. d) tiret drugi SWZ [„usługi polegające na konserwacji (...)"] w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów oraz oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w zw. z cz. IV pkt 3 lit. i) SWZ, na podstawie art. 528 pkt 3 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Uzasadnienie ww. wniosku przedstawił jak w sprawie KIO 2672/21. Jako podstawę prawną ww. wniosków wskazał art. 528 pkt 3 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Niezależnie od stanowiska co do spóźnionego charakteru ww. zarzutu, przystępujący wskazał, że naliczenie kar umownych nie oznacza automatycznie, że usługa została wykonana nienależycie. Podstawowe znaczenie ma to, jak wykonanie usługi ocenia zamawiający, na rzecz którego została ona zrealizowana. Odpowiadając na zarzut

naruszenia art. 224 ust. 6 i ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw.

z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przedstawił do protokołu rozprawy stanowisko co do uwzględnienia poszczególnych kategorii kosztowych, przedstawionych w odwołaniu, w złożonych przez niego wyjaśnieniach dotyczących wyliczenia ceny. Jednakże stanowisko to w przeważającej części zostało przedstawione przez osobę nieumocowaną do reprezentowania przystępującego, pana M.R. (ww. osoba tymczasowo dopuszczona do udziału w postępowaniu w charakterze pełnomocnika nie uzupełniła pełnomocnictwa w wyznaczonym terminie [25.10 godz. 12:00] - pismo przewodnie w tej sprawie nie zawierało załącznika w postaci pełnomocnictwa]. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przystępujący wskazał, że treść udzielonych przez niego wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny potwierdza niezasadność tego zarzutu zarówno jeżeli chodzi o skład pogotowi, jak i umiejscowienie bazy dyspozytorskiej. Stwierdził, że zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp nie został przez odwołującego udowodniony, a ponadto wydaje się być sprzeczny z pierwszym z zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie uwzględniła wniosków zamawiającego i przystępującego o odrzucenie odwołania w sprawie KIO 2816/21 oraz wniosku przystępującego o częściowe odrzucenie odwołania w sprawie KIO 2762/21 (jak również w sprawie KIO 2816/21 w przypadku nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie w całości odwołania) zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z cz. III pkt 3 lit. d) tiret drugi SWZ [„usługi polegające na konserwacji (.)"] w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów oraz oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w zw. z cz. IV pkt 3 lit. i) SWZ. W odniesieniu do pierwszego wniosku należy wskazać, że złożenie przez odwołującego odwołania wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 14 września 2021 r. wynikało z tego, że poprzednia czynność wyboru została przez zamawiającego unieważniona. Skuteczne dochodzenie przez odwołującego swoich praw wymagało zatem wniesienia odwołania wobec tej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która aktualnie obowiązywała w ramach prowadzonego przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołanie wniesione wobec tej czynności nie może zatem zostać uznane za podlegające odrzuceniu jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Izba nie znalazła również podstaw do uwzględnienia drugiego z ww. wniosków. Jak wynika z treści odwołania zarzut, którego dotyczy ten wniosek, odnosi się do postępowania wyjaśniającego przeprowadzonego przez zamawiającego w związku z wydaniem przez Izbę wyroku w sprawie KIO 1404/21. Dokonana przez zamawiającego ocena wyników tego postępowania wyjaśniającego znajduje wyraz w czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej po wydaniu ww. wyroku. Mając na uwadze powyższe, należało uznać, że również w tym przypadku przepis art. 528 pkt 3 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

Wyrokiem z dnia 24 czerwca 2021 r. (sygn. akt KIO 1404/21) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie wniesione przez ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie i nakazała zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę ryczałtową w ofercie wykonawcy FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie w trybie przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, zażądanie od wykonawcy FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie wyjaśnień dotyczących złożonych przez niego podmiotowych środków dowodowych - treści wykazu usług i złożonych dowodów na ich poparcie w trybie przepisu art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, zwrócenie się do wystawców ww. podmiotowych środków dowodowych o przedstawienie dodatkowych informacji dotyczących wystawionych przez nich podmiotowych środków dowodowych w trybie przepisu art. 128 ust. 5 ustawy Pzp oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Pismem z dnia 13 lipca 2021 r. zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny ryczałtowej, stanowiącej istotną część składową zaoferowanej ceny. Odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący udzielił pismem z dnia 19 lipca 2021 r., w którym przedstawił wyjaśnienia dotyczące wyliczenia zaoferowanej ceny ryczałtowej. Do ww. pisma zostały załączone dowody (34 załączniki) dotyczące przedstawionych wyjaśnień ceny oraz dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący dokonał zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa: szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej, w tym kosztów sprzętu, kosztów pracy (załączniki do wyjaśnień), umów z kontrahentami i ofert dostawców (załączniki do wyjaśnień) oraz informacji na temat unikalnej wiedzy, know-how

oraz doświadczenia, siły zakupowej grupy kapitałowej oraz synergii operacyjnej wynikającej z realizacji innych zamówień publicznych (str. 25-27 wyjaśnień). W ww. piśmie zostało przedstawione uzasadnienie dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 27 lipca 2021 r. zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do udzielenia dodatkowych wyjaśnień dokumentu p.n. „25. Tabela 2.

Szczegółowa kalkulacja kosztów wraz z komentarzami". W treści wezwania zamawiający sprecyzował zakres wyjaśnień odnoszący się do kwot podanych pod pozycją 1, 2, 5, 24

kolumna 4, 27 - 30, 33 kolumna 4 oraz 23, 24, 25, 31 i 32. Odpowiedzi na ww. wezwanie

przystępujący udzielił pismem z dnia 2 sierpnia 2021 r.

Pismem z dnia 9 sierpnia 2021 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących podmiotowych środków dowodowych i dowodów złożonych na ich poparcie - w odniesieniu do złożonego przez przystępującego wykazu usług. Odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący udzielił pismem z dnia 13 sierpnia 2021 r.

Pismem z dnia 9 sierpnia 2021 r. zamawiający zwrócił się do Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach Rejon w Zabrzu z prośbą o potwierdzenie lub przekazanie dodatkowych informacji dotyczących wykonania zakresu usług w ramach zadania: „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady A1 zarządzanej przez GDDKiA Oddział w Katowicach, Rejon w Zabrzu wraz ze wszystkimi elementami - część 2. Całoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady A1 na odcinku: od węzła Pyrzowice (z węzłem) do węzła Gliwice Sośnica (z węzłem) o długości 44,258 km", którego wykonawcą był przystępujący. Odpowiedzi na to zapytanie ww. podmiot udzielił pismem z dnia 12 sierpnia 2021 r.

Pismem z dnia 9 sierpnia 2021 r. zamawiający zwrócił się do Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie z prośbą o potwierdzenie lub przekazanie dodatkowych informacji dotyczących wykonania zakresu w ramach zadań: 1. „Konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie Dzielnicy Praga Północ - Rejon I - część 1"; 2. „Konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie Dzielnicy Praga Południe - Rejon IV", których wykonawcą był przystępujący. Odpowiedzi na to zapytanie ww. podmiot udzielił w dniu 26 sierpnia 2021 r.

Ww. zapytania z dnia 9 sierpnia 2021 r. miały miejsce w ramach nakazanego wyrokiem Izby dodatkowego badania w zakresie spełniania przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu wskazanego przez zamawiającego w cz. III pkt 3 lit. d tiret drugie, tj. warunku dotyczącego doświadczenia w zakresie zrealizowania usług polegających na konserwacji oświetlenia ulicznego wraz z instalacjami jego zasilania oraz urządzeniami sterowania obejmujących co najmniej 25 000 lamp świetlnych, w ramach maksymalnie 5 odrębnych zadań wykonywanych w sposób ciągły (bez przerwy) przez okres minimum 12 miesięcy każde. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku przystępujący przedstawił wykaz usług (wraz z dowodami na potwierdzenie ich należytego wykonania) zawierający 5 zadań, w tym wymienione powyżej.

W dniu 30 sierpnia 2021 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty złożonej przez przystępującego jako oferty najkorzystniejszej. W dniu 9 września 2021 r.

zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu ww. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej - wobec stwierdzonego zaniechania zrealizowania obowiązku wynikającego z art. 252 ust. 2 ustawy Pzp. W dniu 14 września 2021 r. zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu ponownego wyboru oferty złożonej przez przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

Dodatkowe ustalenia faktyczne zostaną przedstawione w ramach omówienia stanowiska Izby w odniesieniu do poszczególnych zarzutów.

KIO 2672/21

Zarzut naruszenia art. 74 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w zw.

z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Stanowisko odwołującego, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może zostać zawarte w piśmie zawierającym wyjaśnienia, lecz musi zostać przedstawione w odrębnym piśmie, Izba uznała za całkowicie niezasadne. Przedstawiona przez odwołującego argumentacja nie znajduje potwierdzenia w treści art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, który nie zawiera obowiązku przedstawienia uzasadnienia zastrzeżenia w odrębnym piśmie. Natomiast takie uzasadnienie, poza wyjątkowymi sytuacjami i w ściśle określonym zakresie, podlega udostępnieniu konkurencyjnym wykonawcom. Przedstawienie w tym samym piśmie wyjaśnień oraz uzasadnienia zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa ma znaczenie jedynie dla sposobu udostępnienia go innemu wykonawcy. Nie ma natomiast znaczenia dla oceny jego skuteczności.

Odnosząc się do zarzutów odwołującego odnośnie treści przestawionego przez przystępującego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (co do niewykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji) należy wskazać, co następuje:

Niewątpliwie w ramach uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępujący przedstawił wyjaśnienia, dlaczego w jego ocenie informacje zawarte w kalkulacji mają dla niego wartość gospodarczą. Wyjaśnienia te przedstawił oddzielnie dla każdej z trzech wyodrębnionych kategorii informacji. Tytułem przykładu, w odniesieniu do szczegółowej kalkulacji i kosztów wykonania zamówienia, przystępujący wyjaśnił znaczenie posiadania informacji, na podstawie których inni wykonawcy mogą przewidywać wysokość ceny, jaką zaoferuje wykonawca w danym postępowaniu (możliwość ustalenia progu oferowanej ceny, która może zapewnić uzyskanie zamówienia). Wymienił rodzaje informacji, które decydują o trafności wnioskowania co do potencjalnego poziomu cen oferowanych przez konkurentów (koszty ponoszone w związku z prowadzoną działalnością, warunki handlowe współpracy z dostawcami czy podwykonawcami - poziomy cen uzyskiwane w przeszłości lub planowane w przyszłości, poziomy rabatów, działania związane z optymalizacją kosztów stosowane celem obniżenia ceny, przyjmowane poziomy rentowości wynikające z realizacji zamówień). Przystępujący przedstawił wyjaśnienie w jaki sposób - w jego ocenie - konkurencyjni wykonawcy mogą skorzystać z pozyskanych informacji odnośnie poszczególnych składników cenotwórczych - przykładowo wpływ na sytuację wykonawcy takich czynników jak zmiana wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, chwilowe wahania w cenach czy dostępności specjalistycznego sprzętu i pojazdów (w kontekście posiadania znacznych własnych zasobów sprzętowych czy posiadania korzystnych umów długoterminowych na najem lub leasing tego sprzętu). Przystępujący wskazał, że informacje zawarte w kalkulacji dałyby konkurencyjnym wykonawcom podstawę do przeprowadzenia szczegółowej analizy ekonomicznej działalności prowadzonej przez wykonawcę - wymienił przykładowe elementy, które według jego twierdzeń są wynikiem pogłębionej pracy działów analitycznych funkcjonujących w strukturze jego grupy kapitałowej. Wskazał, że tego rodzaju analizy są często wykorzystywane w ramach tzw. wywiadu gospodarczego. W jego ocenie dane zawarte w wyjaśnieniach, a konkretnie w kalkulacji ceny oraz dokumentach potwierdzających przyjęte założenia kalkulacyjne mogą być przez konkurentów wykorzystane ze szkodą dla przystępującego, zarówno przy podejmowaniu strategicznych decyzji na rynku (np. przy sporządzaniu analiz dotyczących zasadności wejścia na rynek w obszarze objętym przedmiotem zamówienia, ubiegania się o określone zamówienia publiczne w związku z ustalonym poziomem konkurencji i oszacowaną na jego podstawie analizą szans na uzyskanie zamówienia), jak i w bezpośrednich kontaktach z kontrahentami przystępującego. W tym zakresie wskazał na ryzyko podważania wiarygodności czy efektywności organizacji działań handlowych oraz nakłanianie do zaniechania współpracy z przystępującym. Stwierdził, że ww. ryzyko dotyczy nie tylko dostawców i podwykonawców przystępującego, ale także podmiotów zlecających usługi oraz roboty budowlane związane z modernizacją oświetlenia. Wyjaśnił, że w przypadku usług oferowanych na wymagającym rynku, na którym usługobiorcami są podmioty prywatne, ochrona informacji o kosztach i sposobie organizacji usług świadczonych przez przedsiębiorców ma kluczowe znaczenie, m.in. z uwagi na to, że ci usługobiorcy przy dobieraniu swoich partnerów handlowych nie kierują się tylko względami ekonomicznymi, ale bardzo często opierają się na kryteriach dotyczących właściwości kontrahenta. Wskazał, że jego potencjalni konkurenci w postępowaniach o udzielenie zamówienia w wielu przypadkach współpracują z nim, nawiązując w szczególności stosunki gospodarcze w ramach umów o podwykonawstwo oraz umów konsorcjalnych. W związku z tym konkurenci pozyskując dane zawarte w wyjaśnieniach (np. o kosztach pracy czy kosztach paliwa) mogliby je wykorzystać przy negocjowaniu warunków umów podwykonawczych - żądać obniżenia wynagrodzenia przystępującego występującego w roli podwykonawcy albo żądać podwyższenia własnego należnego im wynagrodzenia w sytuacji, w której występują w roli podwykonawców. Wyjaśnił również w jaki sposób konkurenci mogliby wykorzystać w ramach negocjowania umów współpracy wiedzę odnoszącą się do struktury kosztów usług przez niego świadczonych i aspektów, w których mają nad nim przewagę konkurencyjną. W dalszej części uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępujący przedstawił oddzielne uzasadnienie dla pozostałych dwóch kategorii zastrzeganych informacji.

Izba stwierdziła, że przystępujący przedstawił bardzo obszerne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym odniesieniu do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Okoliczność ta oczywiście nie przesądza jeszcze o skuteczności poczynionego zastrzeżenia. Należy jednak podkreślić, że podnosząc zarzut niezasadnego uznania przez zamawiającego skuteczności dokonanego przez przystępującego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odwołujący obowiązany był w sposób szczegółowy odnieść się do treści przedstawionego przez przystępującego uzasadnienia zastrzeżenia. Izba stwierdziła, że odwołujący dokonał tego w bardzo ograniczonym zakresie. Przedstawiona przez odwołującego argumentacja była zdawkowa i w dużym stopniu ograniczała się do stwierdzenia absurdalności przedstawionych przez przystępującego twierdzeń. Ewentualne uwzględnienie ww. zarzutu wymagałoby odniesienia się do znaczącej części przedstawionego przez przystępującego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, czego nie uczynił w ramach podniesionego zarzutu odwołujący, pomimo posiadania możliwości zapoznania się z treścią tego uzasadnienia prawie w pełnym zakresie. Izba stwierdziła, że odwołujący w sposób wybiorczy odniósł się do przedstawionego przez przystępującego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (w zakresie wartości gospodarczej informacji), co skutkowało uznaniem, że podniesiony w tym zakresie zarzut nie podlega uwzględnieniu.

Dodatkowo należy wskazać, że okoliczność niezamierzonego ujawnienia przez przystępującego części zastrzeżonych informacji w toku poprzedniego postępowania odwoławczego nie oznacza, że zastrzeżenie zostało dokonane w sposób nieskuteczny. Należy również zgodzić się ze stanowiskiem przystępującego, że wykazywanie w ramach zastrzeżenia tajemnicy wartości gospodarczej zastrzeganych informacji co do zasady nie wymaga przedstawienia dowodów.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie I.1 sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 a contrario ustawy Pzp.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów odwołania Izba uznała, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postepowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. W niniejszej sprawie zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej - wobec stwierdzonego zaniechania zrealizowania obowiązku wynikającego z art. 252 ust. 2 ustawy Pzp, a następnie, po zrealizowaniu ww. obowiązku, czynność wyboru oferty najkorzystniejszej powtórzył. Spowodowało to dwukrotne podniesienie przez odwołującego tych samych zarzutów wobec dokonanej przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W tej sytuacji Izba uznała, że wobec powtórzenia przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, bez przeprowadzenia ponownego badana i oceny ofert, rozpoznaniu podlegają zarzuty podniesione wobec aktualnie obowiązującej w ramach postępowania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (z dnia 14 września 2021 r.), natomiast rozpoznanie zarzutów wobec wcześniejszej, unieważnionej przez zamawiającego, czynności wyboru oferty najkorzystniejszej - stało się zbędne. Mając na uwadze powyższe Izba postanowiła jak w pkt I.2 sentencji na podstawie art. 553 w zw. z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

KIO 2816/21

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 i ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp

w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Podniesiony w tym zakresie zarzut miał kompleksowy i złożony charakter, wyznaczając szeroki zakres rozpoznania sprawy. Taki sposób konstrukcji zarzutu wynikał z braku dostępu odwołującego do treści wyjaśnień przystępującego w zakresie wyliczenia wynagrodzenia ryczałtowego. Odwołujący przedstawił szczegółowe uzasadnienie i wyliczenia odnoszące się do wszystkich składników cenowych, co skutkowało koniecznością dokonania kompleksowej oceny wyjaśnień udzielonych przez przystępującego. W takim też zakresie spoczywał na przystępującym ciężar dowodu zgodnie z przepisem art. 537 pkt 1 ustawy Pzp. Stanowisko w zakresie kalkulacji wynagrodzenia ryczałtowego przedstawione przez odwołującego w ramach uzasadnienia tego zarzutu w ocenie Izby należy uznać za spójne i logiczne. Stanowisko to, jak i przedstawione na jego poparcie dowody, nie zostały zakwestionowane przez zamawiającego i przystępującego. Dokonując oceny udzielonych przez przystępującego wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny Izba stwierdziła, że potwierdził się zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8

ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jak natomiast wynika z przepisu art. 224 ust. 6 ustawy Pzp ww. podstawa odrzucenia oferty ma zastosowanie w sytuacji, gdy wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Za wyjaśnienia uzasadniające zaoferowaną przez wykonawcę cenę mogą zostać uznane wyłącznie wyjaśnienia, które są kompletne, konkretne, rzetelne, odpowiadające na treść wezwania zamawiającego, a nadto poparte dowodami. Od spełnienia ww. warunków zależy również możliwość zwrócenia się do wykonawcy o przedstawienie uzupełniających wyjaśnień. Za wyjaśnienia uzasadniające zaoferowaną cenę nie mogą być uznane wyjaśnienia nierzetelne, a za takie Izba uznała przedstawione przez przystępującego wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny (w zakresie wynagrodzenia ryczałtowego). Odpowiedź przystępującego na szczegółowe pytania postawione w treści drugiego wezwania zawiera znaczącą ilość tzw. oczywistych omyłek, które w większości przypadków należy uznać za modyfikacje pierwotnie przedstawionych wyliczeń, co świadczy o nierzetelności pierwotnie złożonych wyjaśnień. W szczególności należy wskazać, że udzielając odpowiedzi na pytanie zamawiającego odnośnie szczegółowej metodyki wyliczenia kwoty przeznaczonej dla pozycji 27 - 30 kalkulacji szczegółowej, przystępujący dokonał modyfikacji tych pozycji, stwierdzając, że doszło w tym zakresie do oczywistych omyłek pisarskich (odpowiedź na pytanie nr 5 - pismo z dnia 2 sierpnia 2021 r.). Po pierwsze, dokonane modyfikacje kalkulacji są znaczące. Po drugie, przystępujący nie wyjaśnił w treści pisma na czym miałyby polegać oczywiste omyłki pisarskie popełnione w ww. zakresie. Nie ma zatem podstaw do przyjęcia, że istotnie doszło w tym zakresie do oczywistych omyłek pisarskich. Zdaniem Izby taki oczywisty charakter omyłek nie wynika ze sposobu dokonania modyfikacji (poz. 27 - wskazanie innej ilości rocznie podanej kwoty ceny jednostkowej, co skutkuje znaczącą zmianą kwoty całkowitej tej pozycji; poz. 28 - jak w przypadku poz. 27; poz. 29 - podanie innej ceny jednostkowej i w związku z tym zmiana pozostałych wartości podanych pod tą pozycją; poz. 30 - całkowita zmiana sposobu uwzględnienia kosztów realizacji tego zadania w ramach kalkulacji). Po trzecie, przystępujący nie udzielił odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Zamawiający w pkt 5 wezwania z dnia 27 lipca 2021 r. wskazał wyraźnie, że „Należy wyjaśnić szczegółowo metodykę wyliczenia kwoty przeznaczonej dla pozycji od 27 - 30 oraz komentarze do przedmiotowych pozycji". Takie wyjaśnienia nie zostały przedstawione - zarówno w odniesieniu do metodyki wyliczenia kwot wskazanych pod ww. pozycjami kalkulacji szczegółowej (poza kilkoma ogólnymi stwierdzeniami odnośnie poz. 27), jak i w odniesieniu do komentarzy do ww. pozycji. Po czwarte, co równie istotne, dokonane przez przystępującego modyfikacje kalkulacji nie dotyczą wyłącznie podanych w niej kwot, ale również sposobu uwzględnienia kosztów realizacji danego zadania w ramach kalkulacji (dotyczy to poz. nr 30). Jedynie zatem dodatkowo należy wskazać na pozostałe tzw. oczywiste omyłki. W odniesieniu do kosztów pogotowia (odpowiedź na pytanie nr 1 - pismo z dnia 2 sierpnia 2021 r.) przystępujący wskazał na popełnioną oczywistą omyłkę pisarską w odniesieniu do jednej z danych przyjętych do wyliczeń. W konsekwencji wartość całkowita tej pozycji uległa zmianie. W odniesieniu do kosztów utrzymania bazy (odpowiedź na pytanie nr 3 - pismo z dnia 2 sierpnia 2021 r.) przystępujący wskazał na popełnioną oczywistą omyłkę w zakresie wyliczeń - z wyjaśnień przedstawionych przez przystępującego wynika, że dane podane pod pozycją nr 5 kalkulacji były ze sobą sprzeczne. Przystępujący dokonał zmiany wszystkich kwot podanych pod tą pozycją. W zakresie kosztów wymiany źródeł światła przystępujący wskazał na oczywistą omyłkę pisarską w zakresie podanej jednostki miary (odpowiedź na pytanie nr 4 - pismo z dnia 2 sierpnia 2021 r.). W ramach odpowiedzi na pytanie 6 przystępujący wskazał na oczywiste omyłki w zakresie podanej ilości (rocznie) w poz. 33, kol. 5. Ponadto wskazał, że w kol. 7, kol. 8 wartość powinna być równa kol. 9. Niezależnie od kwestii dokonanej w tym zakresie modyfikacji kalkulacji należy zauważyć, że nie zawiera ona kolumny oznaczonej nr 9. W odniesieniu do drugiej z pozycji oznaczonych tych samym numerem 33 przystępujący wskazał na omyłkę pisarską w zakresie podanej ilości (rocznie).

Mając na uwadze zakres dokonanych przez przystępującego modyfikacji przedstawionej uprzednio kalkulacji, wskazywanych tzw. oczywistych omyłek czy wreszcie zaniechanie udzielania odpowiedzi na pytanie postawione przez zamawiającego (zaniechanie przedstawienia wyjaśnień w zakresie żądanych przez zamawiającego) Izba uznała, że złożone przez przystępującego wyjaśnienia należy ocenić jako nierzetelne, co prowadzi do stwierdzenia zaistnienia podstawy do odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Z tego powodu Izba uznała za zbędne i skutkujące nieuzasadnionym przedłużeniem postępowania o udzielenie zamówienia dokonywanie szczegółowej oceny przedstawionych przez przystępującego wyjaśnień ceny, poprzez dopuszczenie dowodu z opinii biegłego. Należy dodać, że dokonywanie modyfikacji przedstawionych wyjaśnień jest niedopuszczalne. W sytuacji stwierdzenia dokonania przez wykonawcę zmiany treści wyjaśnień, w szczególności w zakresie przedstawionych wyliczeń, zaniechania odpowiedzi na pytania zamawiającego, nie można uznać, że wykonawca sprostał ciężarowi dowodu spoczywającemu na nim zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe

Izba uznała, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił ofercie przystępującego niezgodność z warunkami zamówienia w zakresie wskazania za małej liczby osób do wykonania zamówienia (obsadzenia pogotowi) oraz położenia bazy dyspozytorskiej nie na terenie Gminy Miejskiej Kraków. Analiza treści wyjaśnień przystępującego dotyczących wyliczenia ceny (w odniesieniu do wynagrodzenia ryczałtowego) nie potwierdza zasadności tego zarzutu. W związku z tym, że ww. wyjaśnienia zostały przez przystępującego zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, stanowisko Izby musi zostać przedstawione z uwzględnieniem tej okoliczności. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wskazania za małej liczby osób do wykonania zamówienia w zakresie obsadzenia pogotowi należy odwołać się do wyjaśnień przystępującego dotyczących sposobu wyliczenia kosztów zakładanych do poniesienia w tym zakresie, jakie zostały przedstawione w dokumencie lista płac. Natomiast w odniesieniu do zarzutu dotyczącego położenia bazy dyspozytorskiej nie na terenie Gminy Miejskiej Kraków należy odwołać się do treści załączonych do wyjaśnień dowodów w postaci umów dotyczących zapewnienia bazy dyspozytorskiej - załączniki nr 22 i 23 do pisma przystępującego z dnia 19 lipca 2021 r.

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP w zw. z cz. III pkt 3 lit. d) tiret drugi SWZ [„usługi polegające na konserwacji (...)"] w zw. z §9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów oraz oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w zw. z cz. IV pkt 3 lit. i) SWZ

Ww. zarzut dotyczył zaniechania wezwania przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczenia pod nazwą Wykaz usług z uwagi na fakt, że wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia - w szczególności z powodu braku możliwości uwzględnienia usługi wskazanej pod pozycją nr 2 Wykazu usług, z uwagi na niespełnienie wymogu co do należytego wykonania tej usługi.

Na wstępie należy wskazać, że Izba nie podziela stanowiska odwołującego, zgodnie z którym obciążenie wykonawcy karami umownymi stanowi okoliczność przesądzającą o braku możliwości uznania umowy za należycie wykonaną na gruncie przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Należy zauważyć, że okoliczności obciążenia wykonawcy karami umownymi mogą być bardzo różne (dotyczy to w szczególności wagi popełnionych naruszeń), jak i różne mogą być powody odstąpienia przez wykonawcę od kwestionowania naliczonych mu kar umownych. O ile treść pozostałych pism Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach Rejon w Zabrzu mogła nie być odczytywana jednoznacznie (referencje złożone przez przystępującego w toku postępowania, przedstawione przez odwołującego pismo z dnia 4 sierpnia 2021 r.), to jednak w piśmie z dnia 12 sierpnia 2021 r. ww. podmiot jednoznacznie wskazał, że naliczenie kar umownych nie miało wpływu na realizację usługi - wykonano ją należycie. Natomiast odwołujący nie przedstawił żadnych okoliczności i dowodów mających potwierdzić odmienny stan rzeczy. Stanowisko odwołującego sprowadzało się do kategorycznego stwierdzenia, że obciążenie wykonawcy karami umownymi automatycznie oznacza, że dana usługa nie może zostać uznana za należycie wykonaną. Takiego stanowiska Izba nie podziela. Zatem uwzględnienie ilości lamp świetlnych objętych usługą zrealizowaną na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach Rejon w Zabrzu (Usługa konserwacji oświetlenia ulicznego wraz z instalacjami jego zasilania oraz urządzeniami sterowania obejmująca 3641 lamp świetlnych w ramach zadana pn. „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady A1 na odcinku: od węzła Pyrzowice (z węzłem) do Gliwice Sośnica (z węzłem) o długości 44,258 km") prowadzi do wniosku, że przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego przez zamawiającego w cz. III pkt 3 lit. d tiret drugie, tj. warunku dotyczącego doświadczenia w zakresie zrealizowania usług polegających na konserwacji oświetlenia ulicznego wraz z instalacjami jego zasilania oraz urządzeniami sterowania obejmujących co najmniej 25 000 lamp świetlnych. Nawet bowiem uwzględniając mniejszą liczbę lamp w zakresie zadania przedstawionego pod poz. 3 wykazu usług (3.314 zamiast 3.350), to i tak łączna ilość lamp świetlnych, których dotyczyła realizacja usług wskazanych w wykazie usług, przekracza ilość 25 000 lamp świetlnych. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że podniesiony w ww. zakresie zarzut nie podlega uwzględnieniu.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut podlegał oddaleniu z uwagi na nieprzedstawienie przez odwołującego jego uzasadnienia. Jedynie zatem dodatkowo należy dodać, ze zarzut ten pozostawał w sprzeczności z zarzutem naruszenia art. 224 ust. 6 i ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, w ramach którego odwołujący wskazywał na niedopuszczalne i naruszające zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji przywrócenie terminu do złożenia wyjaśnień, które powinny być w pełni prawidłowe po pierwszym wezwaniu zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie II.1 i 2 sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 oraz ust. 3 lit. a) i b) ustawy Pzp.

KIO 2672/21

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz.

2437) w zw. z § 9 ust. 3 pkt 2) ww. rozporządzenia stosowanego odpowiednio w sytuacji umorzenia postępowania odwoławczego w części na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

KIO 2816/21

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania. Odstępując od rozdzielenia kosztów w sposób opisany w § 7 ust. 3 ww. rozporządzenia Izba kierowała się wagą uwzględnionego zarzutu dla rozstrzygnięcia odwołania i dalszego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia oraz jego złożonym charakterem.

Mając na uwadze powyższe, o kosztach Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: