Sygn. akt: KIO 1237/22

WYROK

z dnia 26 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant:

Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2022 r. przez wykonawców: P. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Aqualine P. P.; K. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Aqualine K. J. prowadzący działalność w formie spółki cywilnej o nazwie: AQUALINE K. J., P. P. s.c., ul. Powstańców 60A/303, 05-091 Ząbki w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa w ramach którego działa Zarząd Zieleni m.st. Warszawy, ul. Hoża 13 a, 00-528 Warszawa

przy udziale wykonawców Konsorcjum firm: 1) D. K. - P. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą OBERON D. K.-P. - lider konsorcjum; 2) G. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PAGRE G. M. - partner konsorcjum, ul. Iglasta 38, 92-736 Łódź: z adresem dla siedziby lidera konsorcjum:

Al. Wyszyńskiego 51/90, 94-047 Łódź zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutów dotyczących:

a) naruszenia art. 18 ust. 1-3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020, poz.1913); w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) - polegające na nieudostępnieniu Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na wniosek Odwołującego w odpowiedzi z 28.04.2022 r. (nr pisma: ZZW.DZP.260.149.2022.MWI (2)), pomimo niezastrzeżenia przez Konsorcjum OBERON treści uzasadnienia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa (zarzut drugi), z uwagi na jego wycofanie;

b) naruszenia art. 18 ust. 1-3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020, poz.1913); w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) - polegające na nieudostępnieniu Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na wniosek Odwołującego w odpowiedzi z 28.04.2022 r. (nr pisma: ZZW.DZP.260.149.2022.MWI (2)), pomimo tego, że

b-1) informacje zawarte w złożonych dokumentach nie są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub stanowiącymi wartość

gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, tj. nie spełniają przesłanek uznania je za tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. nie spełniają przesłanek uznania je za tajemnicę przedsiębiorstwa,

b-2) Wykonawca Konsorcjum Oberon nie wykazał zaistnienia przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020, poz.1913),

b-3) Wykonawca konsorcjum Oberon nie złożył dowodów na potwierdzenie zaistnienia przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020, poz.1913) (zarzut trzeci), z uwagi na jego uwzględnienie i brak sprzeciwu;

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. kosztami postępowania obciąża wykonawców: P. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Aqualine P. P.; K. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Aqualine K. J. prowadzący działalność w formie spółki cywilnej o nazwie:

AQUALINE K. J., P. P. s.c., ul. Powstańców 60A/303, 05-091 Ząbki i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców:

P. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Aqualine P. P.; K. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Aqualine K. J. prowadzący działalność w formie spółki cywilnej o nazwie: AQUALINE K. J., P. P. s.c., ul. Powstańców 60A/303, 05-091 Ząbki tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od wykonawców: P. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Aqualine P. P.; K. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Aqualine K. J. prowadzący działalność w formie spółki cywilnej o nazwie: AQUALINE K. J., P. P. s.c., ul. Powstańców 60A/303, 05-091 Ząbki na rzecz Miasta Stołecznego Warszawa w ramach którego działa Zarząd Zieleni m.st. Warszawy, ul. Hoża 13 a, 00-528 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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 1237/22

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonywanie prac porządkowych, konsewacyjnych, eksploatacyjnych niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania fontann, kaskad, poidełek sieci zraszających będących w administrowaniu ZZW; numer postępowania: 6/PN/2022”, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym

w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11.02.2022 r. pod nr 2022/S 030-076289 przez Miasto Stołeczne Warszawa w ramach którego działa Zarząd Zieleni m.st. Warszawy, ul. Hoża 13 a, 00528 Warszawa zwane dalej: „Zamawiającym". Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze. zm.), zwana dalej: „NPzp" albo „ustawy Pzp" albo „p.z.p" albo „Pzp".

W dniu 26.04.2022 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w części 2: Konsorcjum firm: 1) D. K.-P. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą OBERON D. K.-P. - lider konsorcjum; 2) G. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PAGRE G. M. - partner konsorcjum, ul. Iglasta 38, 92-736 Łódź: z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: Al. Wyszyńskiego 51/90, 94-047 Łódź zwane dalej: „Konsorcjum OBERON" albo „OBERON" albo „Przystępującym po stronie Zamawiającego". Drugą pozycje w rankingu zajęła oferta P. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Aqualine P. P.; K. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Aqualine K. J. prowadzący działalność w formie spółki cywilnej o nazwie: AQUALINE K. J., P. P. s.c., ul. Powstańców 60A/303, 05-091 Ząbki zwana dalej: „AQUALINE K. J., P. P. s.c." albo „Odwołującym".

Dnia 06.05.2022 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) odwołanie względem czynności z 26.04.2022 r. złożył AQUALINE K. J., P. P. s.c. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem).

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 18 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji — dalej: „uznk" (t.j. Dz. U. z 2020, poz.1913); w zw. z art. 74 ust. 2 Pzp — polegające na zaniechaniu odtajnienia odpowiedzi Konsorcjum OBERON, na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 23.03.2022 r. (nr pisma: ZZW-DZP.260.83.2022.MWI), zastrzeżonej tajemnica przedsiębiorstwa pomimo tego, że:

a) informacje zawarte w złożonych dokumentach nie są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub stanowiącymi wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, tj nie spełniają przesłanek uznania je za tajemnicę przedsiębiorstwa,

b) Wykonawca Konsorcjum Oberon nie wykazał zaistnienia przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk,

c) Wykonawca konsorcjum Oberon nie złożył dowodów na potwierdzenie zaistnienia przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk;

2) art. 18 ust. 1-3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji — dalej: „uznk"; w zw. z art. 74 ust. 2 Pzp — polegające na nieudostępnieniu Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na wniosek Odwołującego w odpowiedzi z 28.04.2022 r. (nr pisma:

ZZW.DZP.260.149.2022.MWI (2)), pomimo niezastrzeżenia przez Konsorcjum OBERON treści uzasadnienia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa;

3) art. 18 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji — dalej: „uznk"; w zw. z art. 74 ust. 2 Pzp — polegające na nieudostępnieniu Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na wniosek Odwołującego w odpowiedzi z 28.04.2022 r. (nr pisma: ZZW.DZP.260.149.2022.MWI (2)), pomimo tego, że

a) informacje zawarte w złożonych dokumentach nie są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub stanowiącymi wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, tj nie spełniają przesłanek uznania je za tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. nie spełniają przesłanek uznania je za tajemnicę przedsiębiorstwa,

b) Wykonawca Konsorcjum Oberon nie wykazał zaistnienia przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk,

c) Wykonawca konsorcjum Oberon nie złożył dowodów na potwierdzenie zaistnienia przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk;

4) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum OBERON pomimo tego, że zawiera rażąco niską cenę

5) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty

konsorcjum OBERON pomimo tego, że Wykonawca Konsorcjum OBERON przedstawił wyjaśnienia, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, jak również nie przedstawił dowodów na potwierdzenie tez stawianych w wyjaśnieniach, nie odniósł się do wszystkich elementów składowych ceny, o które pytał Zamawiający, jak również nie uzasadnił zaoferowanych cen we wszystkich pozycjach formularza cenowego a tym samym oferta powinna zostać uznana za zawierającą cenę rażąco niską,

6) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum OBERON z uwagi na to, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania;

2) nakazanie Zamawiającemu odtajnienie i udostępnienie dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie z 23.03.2022 r.;

3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Konsorcjum OBERON w części 2 zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp z uwagi na to, że zawiera cenę rażąco niską;

4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Konsorcjum OBERON w części 2 zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp z uwagi na to, że Wykonawca nie przedstawił wyjaśnień uzasadniających podanej w ofercie ceny;

5) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Konsorcjum OBERON w części 2 zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp z uwagi na to, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;

6) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów wpisu od odwołania oraz zastępstwa w postępowaniu odwoławczym w wysokości 1 8 600 zł (15 000 zł koszt wpisu oraz 3 600 zł koszt zastępstwa).

Zarzut 1 - zaniechanie odtajnienia odpowiedzi konsorcjum OBERON, na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 23.03.2022 r.

Wskazał, że informacje zawarte w złożonych dokumentach nie stanowią wartości gospodarczej, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, tj nie spełniają przesłanek uznania je za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa określonej w art. 11 ust. 2 uznk za tajemnicę przedsiębiorstwa można uznać informację, która spełnia łącznie następujące przesłanki:

1. informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub informacje posiadają wartość gospodarczą

2. jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób

3. uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności

W ocenie Odwołującego złożone przez Konsorcjum OBERON dokumenty w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie spełniają żadnej z wyżej wymienionych przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Po pierwsze Wykonawca nie przedstawił w wyjaśnieniach żadnych informacji technicznych, technologicznych, czy organizacyjnych przedsiębiorstwa. A te które potencjalnie można by za nie uznać, są znane na rynku i nie stanowią tajemnicy. Ponadto informacje te nie stanowią wartości gospodarczej. Wykonawca w wyjaśnieniach nie przedstawił informacji, które mogłyby zostać wykorzystane przez inne podmioty na rynku i dzięki którym ich pozycja na rynku uległaby zmianie. Podkreślenia wymaga również, że ewentualne oświadczenie o posiadaniu rabatów na danym poziomie, uzyskanych cen, oszczędności nie jest samo w sobie traktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wskazał również, że samo przedstawienie kalkulacji nie oznacza, że informacje te mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Kalkulację można zastrzec jako tajemnica przedsiębiorstwa jedynie w przypadku, gdy ma ona unikalny

charakter. Powyższe potwierdziła w jego ocenie Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 2600/21.

Ponadto przedstawione wyjaśnienia dotyczą tego konkretnego postępowania. W związku z tym, przedstawione wyjaśnienia odnoszą się do kalkulacji sporządzonej na potrzeby tego konkretnego postępowania. Oznacza to, że informacje zawarte

w wyjaśnieniach dotyczą już złożonej oferty i postępowania, w którym oferty zostały już złożone. Tym samym informacje zawarte w wyjaśnieniach nie mają wartości gospodarczej w przyszłych postępowaniach i nie mają wpływu na konkurencję na rynku. Oznacza to, że informacje przedstawione w wyjaśnieniach nie spełniają pierwszej przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto przedstawione informacje nie stanowią tajemnicy dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji i są łatwo dostępne dla takich osób. Wykonawca w wyjaśnieniach nie przedstawił szczególnego sposobu kalkulacji, know-how dotyczącego organizacji działalności, polityki cenowej, która byłaby na tyle wyjątkowa, że osoby działające na rynku nie posiadałyby tej wiedzy.

Odnośnie trzeciej przesłanki wskazać należy, że możliwe do zastrzeżenia są tylko te informacje, co do których zostały podjęte działanie zmierzające do nieujawnienia ich pozostałym podmiotom. Wykonawca w tym przedmiocie nie podjął żadnych działań zmierzających do ich nieujawniania. Odnośnie braku wykazania przez konsorcjum OBERON zaistnienia przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również braku przekazania Zamawiającemu dowodów, wskazać należy, że samo twierdzenie Wykonawcy o wystąpieniu przesłanek uzasadniających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, jest niewystarczające. Zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp Wykonawca w momencie składania dokumentów musi przede wszystkim wykazać, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Oznacza to, że w przypadku braku wykazania zasadności zastrzeżenia, Zamawiający ma obowiązek uznania, że złożone informacje mają charakter jawny.

Podkreślił również, że ustawodawca użył w ww. przepisie słowa „wykazać". Oznacza to, że prawidłowe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie może opierać się wyłącznie na oświadczeniu Wykonawcy. Wykonawca ma obowiązek właściwie uzasadnić zastrzeżenie tajemnicy, w tym wskazać na szczególną wartość przedstawianych informacji, tj., że są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub informacje posiadające wartość gospodarczą. Musi ponadto potwierdzić, że nie są one powszechnie znane osobom zajmującym się tymi informacjami, jak również potwierdzić, że Wykonawca podjął należyte starania w celu zabezpieczenia tych informacji. Konsorcjum OBERON nie sprostał tym wymogom. Dodatkowo w celu prawidłowego wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinien przedstawić na te okoliczności dowody, w tym np. zobowiązanie do zachowania poufności, politykę zachowania poufności w organizacji, wewnętrzne procedury. Powyższe zostało wielokrotnie potwierdzone przez orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, m.in.: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7.11.2018 r., sygn. akt KIO 2222/18, Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.10.2018 r., sygn. KIO/KU 40/18. Oświadczenie konsorcjum OBERON o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa składanych informacji nie wypełnia obowiązku wykazania, że dane informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zarzut 2 - zaniechanie przekazania Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa pomimo niezastrzeżenia tego uzasadnienia jako informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa. Odnosząc się do treści zarzutu 2 wskazał, że dokumenty zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowią odrębne dokumenty. Oznacza to, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi odrębne oświadczenie w stosunku do dokumentów, którego to uzasadnienie dotyczy. W związku z tym, w przypadku gdy Wykonawca zastrzega dane dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa uzasadnienie zastrzeżenia pozostaje jawne. Wykonawca bowiem ma obowiązek wskazać jakie dokumenty i w jakim zakresie mają pozostać niejawne. W przypadku gdy Wykonawca nie składa oświadczenia o zastrzeżeniu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jako tajemnicę przedsiębiorstwa — dokument ten jest jawny i powinien zostać udostępniony Odwołującemu.

Zarzut 3 - zaniechanie odtajnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na wstępie Odwołujący wskazuje, że argumentacja dotycząca sposobu prawidłowego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz informacji, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, którą Odwołujący przedstawił w zakresie zarzutu 1, dotyczy również przedmiotowego zarzutu. W ocenie Odwołującego, informacje stanowiące uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które — zostało przekazane przez konsorcjum OBERON nie może zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.
W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Wykonawcy wskazują z jakiego powodu uznają, że dane informację mają charakter poufny. W uzasadnieniu tym nie powiela się informacji poufnych. Tym samym, co do zasady brak jest możliwości zastrzeżenia

uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Takie informacje nie wypełniają bowiem przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk. Wskazać należy również, że nawet gdyby uzasadnienie było na tyle szczegółowe, że możnaby uznać część informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa to uzasadnienie to mogłoby zostać uznane wyłącznie w części za zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa. W pozostałym zakresie powinno być uznane za jawne. W przedmiotowej sprawie oświadczenie o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa nie wypełnia żadnej z przesłanek uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto Wykonawca nie wykazał, aby takie przesłanki występowały. Tym samym, oświadczenie o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa powinno być uznane za jawne.

Zarzut 4 — zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum OBERON z uwagi na to, że zawiera cenę rażąco niską. Zamawiający podzielił postępowanie na dwie części zamówienia. W ramach każdej części przewidział wynagrodzenie kosztorysowe i ryczałtowe - w zależności od pozycji formularza. Realizacja każdej części zamówienia opierała się na dwóch elementach:

1) miesięcznej konserwacji fontann, kaskad, poidełek sieci zraszających oraz

2) naprawach, wymianach urządzeń, części do urządzeń nie wchodzących w zakres miesięcznej konserwacji.

W związku z powyższym, każdą z części zamówienia należało wycenić w odrębny sposób. Ryczałtowo - miesięczną obsługę konserwacji oraz kosztorysowo - cenę za realizację poszczególnych napraw, czy wymiany poszczególnych elementów urządzeń. Pozycje o nr 1-52 formularza cenowego są rozliczane na podstawie kosztorysu, natomiast pozycje 53-54 są rozliczane na podstawie ryczałtu. Zgodnie z założeniami SWZ, naprawy i wymiany będą się odbywały w zakresie, w jakim będzie to potrzebne w trakcie realizacji zamówienia. Z analizy formularza cenowego załączonego do oferty konsorcjum OBERON wynika, że ceny zaoferowane przez konsorcjum są rażąco niskie, a Wykonawcy nie będą w stanie zrealizować całego zamówienia i uzyskać z niego zysk. Tym samym, w ofercie tej zaoferowano ceny rażąco niskie. Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia ceny rażąco niskiej. W związku z tym, definicja ta została wypracowana przez orzecznictwo, w głównej mierze Krajowej Izby Odwoławczej. W tym miejscu Odwołujący przytoczył Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt KIO 1018/13.

Podkreślił bardzo wyraźnie, że cena za realizację 2 części zamówienia jest niższa o 40% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o wartość podatku od towaru i usług. Tym samym, zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp zaszło w przedmiotowej sprawie ustawowe domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny w tej ofercie.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że konsorcjum OBERON nie będzie w stanie zrealizować zamówienia w zakresie dotyczącym wynagrodzenia ryczałtowego, tj. miesięcznej konserwacji fontann, kaskad, poidełek sieci zraszających — poz. 53 oraz 54 formularza cenowego. Odwołujący wskazuje, że przy wyliczeniu ceny za usługę rozliczaną ryczałtowo Wykonawcy będzie przysługiwało wynagrodzenie w wysokości wskazanej w formularzu bez względu na poświęcony czas i środki na realizację zamówienia. Tym samym na Wykonawcy ciąży pewne ryzyko określenia ceny na takim poziomie aby wygenerować zysk nawet w miesiącach, w których realizacja zamówienia będzie wymagała zaangażowania większych środków. W ocenie Odwołującego konsorcjum OBERON zaoferował cenę za realizację tego zakresu zamówienia poniżej kosztów, które będzie ponosił podczas realizacji. Wskazał, że realizacja zamówienia w przedmiotowych pozycjach będzie wymagała przede wszystkim zaangażowania osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Przy wyliczaniu ceny należy uwzględnić wynagrodzenie pracowników, czas dojazdu, cenę paliwa, wykorzystanie pojazdów, a także niezbędnego sprzętu do wykonania zamówienia, w tym odkurzaczy fontannowych, pomp odwadniających, myjek wysokociśnieniowych. Ponadto należy wziąć pod uwagę koszt materiałów służących do prawidłowej realizacji zamówienia. W ocenie Odwołującego konsorcjum OBERON nie wziął tych elementów kosztotwórczych przy wyliczaniu ceny oferty. Zaznaczyć należy, że w ostatnim czasie koszty pracy, paliwa i materiałów znacząco wzrosły. Biorąc to pod uwagę niemożliwym jest aby konsorcjum OBERON wygenerował zysk przy tak niskich cenach za miesięczną realizację zamówienia w zakresie dotyczącym wynagrodzenia ryczałtowego, tj. miesięcznej konserwacji fontann, kaskad, poidełek sieci zraszających

Ponadto Konsorcjum OBERON zaoferowało cenę rażąco niską w następujących pozycjach formularza ofertowego w zakresie wynagrodzenia kosztorysowego:

poz.	Opis

2	Naprawa awarii sieci zraszającej DN32 do DN63 - wykop, usunięcie awarii, oraz zasypanie
3	Naprawa awarii sieci wodociągowej PE DN32do DN80 - wykop, usunięcie awarii, oraz zasypanie z zagęszczeniem
4	Montaż łącznika rurowo-kołnieżowego dn100 do dn 150
5	Montaż opaski naprawczej dn50 do dn 150
6	Naprawa awarii sieci kanalizacyjnej fi 110-200 wykop, naprawa oraz zasypanie z zagęszczeniem
9	Wymiana hydrantu ogrodowego mosiężnego z łącznikiem do węża śr. 20 mm
10	Wymiana skrzynki hydrantowej
16	Wymiana pokrywy betonowej fi 600 z regulacją na pierścieniach betonowych
	Dorobienie oraz wymiana dyszy tryskającej mosiężnej lub stali nierdzewnej - od 0,5' do 1"
18	Dorobienie oraz wymiana dyszy tryskającej mosiężnej lub stali nierdzewnej - od 1 1/4' - 2 [11]
19	Dysza mgławicowa 1/4” do 1/2"
27	Wymiana elektrozaworu DN 25 do Dn 50
37	Czyszczenie studzienek ściekowych wraz z przykanalikiem ręczne
46	Wymiana/uzupełnienie okładzin ceramicznych/kamiennych/betonowychfontann

(tab. 1)

Wskazał, że w przypadku rozliczenia kosztorysowego - każda z pozycji kosztorysu musi zostać wyliczona odrębnie i każda pozycja odrębnie musi uwzględniać wszystkie koszty realizacji oraz przewidywać zysk. W innym przypadku, Wykonawca realizując daną pozycję kosztorysową będzie wykazywał stratę na realizacji tej pozycji. Powyższe stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w Wyroku, sygn. akt KIO 1279/20. Ponadto pogląd ten został potwierdzony w Wyroku z 03.03.2020 r., sygn. akt KIO 2974/20. Jak wielokrotnie podkreślała Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach — oceny rażąco niskiej ceny należy dokonywać zawsze indywidualnie dla każdego postępowania, z uwzględnieniem jego specyfiki. Powyższy pogląd potwierdza m.in. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 09.07.2020 r., sygn. akt KIO 1097/20. Biorąc powyższe pod uwagę, stwierdził, że w przedmiotowym zamówieniu, pozycje rozliczane kosztorysowo stanowią odrębne zadania, tj. każde z nich stanowi odrębne przedsięwzięcie, p.. naprawę awarii sieci wodociągowej, czy wymianę skrzyni hydrantowej. Dane pozycje nie są składowymi większego przedsięwzięcia.

Kosztorys nie odnosi się do sporządzenia kosztów jednego przedsięwzięcia, ale odnosi się do poszczególnych zadań, które będą realizowane w trakcie obowiązywania umowy. Są to odrębne czynności i każda jest sama w sobie zadaniem do wykonania. Tym samym przy wycenianiu każdej pozycji Wykonawca musi wziąć pod uwagę wszystkie koszty realizacji danej pozycji oraz wykazać zysk. Wskazał ponadto, że na etapie składania ofert, Zamawiający podał jedynie szacunkowe ilości realizowanych prac. Tym samym w przypadku większego zapotrzebowania Zamawiającego na realizację ww. pozycji — strata wykonawcy na realizacji zamówienia będzie jeszcze wyższa.

Odnosząc ww. do całości zamówienia w zakresie pozycji rozliczanych na podstawie kosztorysu wskazać należy, że cena rażąco niska obejmuje 14 pozycji na 50 pozycji kosztorysowych wskazanych w formularzu, co stanowi prawie 30% zadań przedmiotu tego zakresu zamówienia. Ceny te stanowią 7,31% całości zaoferowanej ceny kosztorysowej. Tym samym, pozycje te stanowią istotną część realizacji całego zamówienia. Podkreślenia jednak wymaga to, że w przypadku zaoferowania realnej ceny za realizację przedmiotowych pozycji, procent ten byłby wyższy. Podkreślił, iż zasady sporządzania kosztorysu określają przepisy rozporządzenia z dnia 20 grudnia 2021 r. Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym. Zgodnie z godnie z przepisami § 2 pkt 1 cena jednostkowa to suma kosztów bezpośredniej robocizny, materiałów i pracy sprzętu oraz kosztów pośrednich i zysku, wyliczona na jednostkę przedmiarową robót podstawowych. Cenę materiałów stanowi cena ich nabycia łącznie z kosztami zakupu (§ 6 ust. 3). Koszt pracy sprzętu to w szczególności koszt wynajęcia sprzętu niezbędnego do wykonania określonych robót, koszty środków transportu technologicznego. W myśl przepisu § 4 ust. 2,

przy ustalaniu cen jednostkowych robót bierze się pod uwagę

1) ceny jednostkowe robót określone na podstawie danych rynkowych, w tym dane z zawartych wcześniej umów lub powszechnie stosowanych aktualnych publikacji,

2) kalkulacje szczegółowe cen jednostkowych.

W tym miejscu odwołania znajduje się tabela nr 2.

Jak wynika z tabeli 2, ceny zaoferowane przez konsorcjum są niższe niż minimalne koszty realizacji tych pozycji. Ceny przedstawione w tabeli wynikają z kosztorysu stanowiącego załącznik nr 1 do Odwołania. W tym miejscu Odwołujący wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z kosztorysu z dnia 25.03.2022 r. na fakt minimalnego poziomu kosztu realizacji zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji formularza cenowego bez uwzględnienia zysku. Kosztorys został wykonany zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dn. 24 stycznia 2004 roku, w sprawie metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego. Narzuty i ceny zostały opracowane dla IV kwartału 2021 r. W momencie sporządzania kosztorysu brak było danych z I kwartału 2022 r., jednak jest wiedzą powszechnie znaną, że ceny te w 2022 r. będą wyższe z uwagi na wysoką inflację, jak również z uwagi na niską wartość waluty polskiej oraz przepisy Polskiego Ładu. Koszty ujęte w tabeli nie uwzględniają żadnego zysku Wykonawcy. Ponadto zostały wzięte pod uwagę minimalne koszty realizacji danej usługi/roboty budowlanej. Przedstawiony powyżej kosztorys jasno dowodzi, że nie jest możliwe zrealizowanie powyższych zadań za cenę zaoferowaną przez konsorcjum OBERON. Ponadto za wystąpieniem rażąco niskiej ceny przemawia fakt, że w poszczególnych pozycjach za zaoferowaną cenę brak jest nawet możliwości dokonania zakupu samych materiałów służących do dokonania naprawy, bądź wymiany, tj. bez uwzględnienia kosztu pracy oraz zysku (tab. 3):

poz.	Opis	Jednmiary	Ilość jedn	Cena za jednostkę [netto]	Koszt materiałów na jednostkę	sprzętu na jednostkę	Strata na jednostkę przy uwzględnieni u wyłącznie kosztu zakupu materiałów i kosztów sprzętu
5	Montaż opaski naprawczej dn50 do dn 150	szt	3	20,00 zł	131,22 zł		-111,22 zł
6	naprawa awarii sieci kanalizacyjnej fi 1 10-200 wykop, naprawa oraz zasypanie z zagęszczeniem	mb	6	50,00 zł	62,53 zł	3,33	-15786 zł
9	Wymiana hydrantu ogrodowego mosiężnego z łącznikiem do węża śr. 20 mm	szt	24	50,00 zł	78,84 zł		-28,84 zł
10	Wymiana skrzynki hydrantowej	szt	3	50,00 zł	256,24 zł		-206,24 zł
16	Wymiana pokrywy betonowej fi 600 z regulacją na pierścieniach betonowych	szt		1oo,oo zł	163,00 zł	137,00 zł	-200,00 zł

17	Dorobienie oraz wymiana dyszy tryskajacej mosiężnej lub stali nierdzewnej - od 0,5” do 1”	szt.	30	75,00 zł	101,27 zł		-26,27 zł
18	Dorobienie oraz wymiana dyszy tryskajacej mosiężnej lub stali nierdzewnej - od 1 1/4” - 2"	szt	12	75,00 zł	344,65 zł		-269,65 zł
19	dysza mgławicowa 1/4" do 1/2”	szt	90	30,00 zł	55,00 zł		-25,00 zł
27	Wymiana elektrozaworu DN 25 do Dn 50	szt.	12	100,00 zł	274,00 zł		-174,00 zł
46	Wymiana/uzupełnienie okładzin ceramicznych/kamiennych/betonowych fontann	m2	45	100,00 zł	124,03 zł		-24,03 zł

(tab. 3)

Dane w tabeli zostały wzięte z kosztorysu stanowiącego załącznik nr 1 do odwołania.

W tym miejscu Odwołujący wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów w postaci wydruków ze stron sklepów internetowych na fakt wysokości cen oferowanych produktów potrzebnych do realizacji pozycji 5, 10, 18, 27 formularza ofertowego przedmiotu zamówienia (6 ofert). Z przedstawionych ofert wynika, że opaska naprawcza DN 50, której montażu wymaga Zamawiający w poz. 5 zamówienia kosztuje w zależności od długości opaski od 83 zł do 309 zł. Konsorcjum Oberon zaoferował montaż opaski naprawczej DN 50 za cenę 20 zł. Już z samego faktu, że Wykonawca musi zakupić opaskę wynika, że poniesie stratę w wysokości co najmniej 67 zł. Przy czym do kosztów montażu opaski należy również wliczyć koszt pracy osoby, która będzie tę opaskę montować.

Odnośnie pozycji 10 wskazał, że najniższą dostępną na rynku ofertą szafki, którą Odwołujący znalazł jest szafka hydrantowa za 190 zł. Konsorcjum OBERON również w tej pozycji zaoferował realizację za zaniżoną wielokrotnie kwotę 50 zł.

Odnośnie poz. 18 z przedstawionego wydruku wynika, że zakup dyszy krajobrazowej to koszt na poziomie minimum 230 zł. Jest to najtańsza oferta, którą Odwołujący znalazł na rynku. Konsorcjum OBERON zaoferował realizację tej pozycji za 75 zł.

Odnośnie pozycji 27, najtańszą ofertą, którą Odwołujący znalazł na rynku jest elektrozawór Bermad. Kosztuje on 151 zł. Wykonawca OBERON w tej pozycji zaoferował cenę 100 zł.

Z przedstawionych wydruków jasno wynika, że Wykonawca Konsorcjum zaoferował ceny poniżej kosztów zakupu podstawowych materiałów. Oznacza to, że na każdej realizacji poniesie stratę zanim jeszcze przystąpi do realizacji danej pozycji. Odwołujący zaznacza, że strata ta będzie jeszcze większa, jeżeli doliczymy koszty transportu, benzyny, dojazdu, koszty pracowników, a także koszt użytych narzędzi i sprzętu oraz jego amortyzacja. W celu dokonania samego zakupu materiałów bez straty, konsorcjum OBERON musiałby uzyskiwać

rabaty do wysokości 76%, a i to nie pozwoliłoby mu na pokrycie kosztów innych, niż koszt zakupu materiałów.

Na wystąpienie ceny rażąco niskiej w części 2 zamówienia wskazuje również poziom cen zaoferowany przez OBERON dla części 1 zamówienia (tab. 4). Są to te same pozycje, zaoferowane w tym samym postępowaniu oraz w tym samym czasie. W związku z tym, fakt tak znacznego zaniżenia ich w części drugiej oraz mając na uwadze powyższe rozważania — jednoznacznie wskazuje na zaoferowanie ceny rażąco niskiej w 2 części zamówienia.

		cześć 1	część 2	
poz.		Cena za jednostkę [netto]	Cena jednostkę [netto]	Różnica w stawkach jednostkowych w części 1 do części 2
2	Naprawa awarii sieci zraszającej DN32 do DN63 wykop , usunięcie awarii, oraz zasypanie	130,00	35,00	-95,00
3	Naprawa awarii sieci wodociągowej PE DN32do DN80 wykop, usunięcie awarii, oraz zasypanie z za gęszczeniem	250;oo	50,00	-200,00
4	Montaż łącznika rurowo-kołnierzowego dn 100 do dn 150	250100	łoo,oo	-150,00
5	Montaż opaski naprawczej dn50 do dn 150	250100	20,00	-230,00
6	naprawa awarii sieci kanalizacyjnej fi 110-200 wykop, naprawa oraz zasypanie z zagęszczeniem	400,00	50,00	-350,00
9	Wymiana hydrantu ogrodowego mosiężnego z łącznikiem do węża śr. 20	100,00	50,00	-50,00
	mm			
10	Wymiana skrzynki hydrantowej	100,00	50,00	-50,00
16	Wymiana pokrywy betonowej fi 600 z regulacją na pierścieniach betonowych	200,00	100,00	-100,00
	Dorobienie oraz wymiana dyszy tryskajacej mosiężnej lub stali nierdzewnej - od 0,5” do 1”	200,00	75,00	-125,00
18	Dorobienie oraz wymiana dyszy tryskajacej mosiężnej lub stali nierdzewnej - od 1 1/4” - 2”	256,00	75,00	-175,00
19	dysza mgławicowa 1/4” do 1/2”	80,00	30,00	-50,00
27	Wymiana elektrozaworu DN 25 do Dn 50		100,00	-400,00
37	Czyszczenie studzienek ściekowych wraz z przykanalikiem ręczne	160P0	30,00	-130,00
46	Wymiana/uzupełnienie okładzin ceramicznych/kamiennych/betonowych fontann	700100	100,00	-600,00

(tab. 4)

Na uwagę zasługuje również poziom cen oferowanych przez konsorcjum OBERON w poprzednich zamówieniach. Podkreślić należy, że ceny te były składane w postępowaniu prowadzonym przez tego samego Zamawiającego, przy tym samym przedmiocie zamówienia w latach ubiegłych. W związku z tym, powinny być wyliczone w podobny sposób z uwzględnieniem wzrostu cen materiałów oraz wynagrodzenia za pracę w ciągu ostatnich dwóch lat. Już sam fakt podwyższenia minimalnego wynagrodzenia za pracę powinien skłonić do twierdzenia, że stawki te powinny być wyższe. W 2020 r. minimalne wynagrodzenie za pracę wynosiło 2 600 zł. W 2022 r. wynosi już 3010 zł. W związku z tym, wzrost wynagrodzenia za pacę w ciągu 2 lat wzrósł 0 410 zł. Jednak w obecnie prowadzonym postępowaniu oferta złożona przez konsorcjum OBERON wykazuje odmienną tendencję, co świadczy dobitnie, że ceny zostały w sposób rażący obniżone.

		Kosztorys konsorcjum OBERON z 2020 r.			Kosztorys konsorcjum OBERON z 2022 r.				
poz	Opis	Jedn miary	Ilość jedn	Cena za jednostkę	Jedn. miary	Ilość Jed	Cena jednostkę [netto]	Różnica w cenach jednostkowyc	Procent obniżenia ceny
				[netto]		n.		h	
2	Naprawa awarii sieci zraszającej DN32 do DN63 - wykop , usunięcie awarii, oraz zasypanie	mb	10	20,00 zł	mb	120	35,00 zł	15,00 zł	75,00%
3	Naprawa awarii sieci wodociągowej PE DN32d0 DN80 - wykop, usunięcie awarii, oraz zasypanie z zagęszczeniem				mb	15	50,00 zł		
4	Montaż łącznika rurowokołnieżowego dn100 do dn 150	szt	2	300,00 zł	szt	3	1 00,00 zł	-200,00 zł	-66,67%
5	Montaż opaski naprawczej dn50 do dn 150	szt		300,00 zł	szt	3	20,00 zł	-280,00 zł	-93,33%
6	naprawa awarii sieci kanalizacyjnej fi 110-200 wykop, naprawa oraz zasypanie z za gęszczeniem				mb	6	50,00 zł		
9	Wymiana hydrantu ogrodowego mosiężnego z łącznikiem do węża śr. 20 mm	szt	2	200,00 zł	szt	24	50,00 zł	150,00 zł	-75,00%
10	Wymiana skrzynki hydrantowej	szt	2	300,00 zł	szt	3	50,00 zł	-250,00 zł	-83,33%
16	Wymiana pokrywy betonowej fi 600 z regulacją na pierścieniach betonowych	szt	2	500,00 zł	szt	3	100,00 zł	-400,00 zł	
17	Dorobienie oraz wymiana dyszy tryskajacej mosiężnej lub stali nierdzewnej - od 0,5' do	szt.	12	200,00 zł	szt.	30	75,00 zł	-125,00 zł	-62,50%
18	Dorobienie oraz wymiana dyszy tryskajacej mosiężnej lub stali nierdzewnej - od 1 1/4' -	szt	12	250,00 zł	szt	12	75,00 zł	-175,00 z}	-70,00%
19	dysza mgławicowa 1/4” do 1/2'				szt	90	30,00 zł		
27	Wymiana elektrozaworu DN 25 do Dn 50	szt.	10	200,00 zł	szt.	12	100,00 zł	-100,00 zł	-50,00%
37	Czyszczenie studzienek ściekowych wraz z przykanalikiem ręczne	szt	30	100,00 zł	szt	60	30,00 zł	-70,00 zł	
46	ceramicznych/kamiennyc h/betonowych fontann	m2	20	175,00 zł	m2	45	100,00 zł	-75,00 zł	-42,86%

(w poz. 46 zsumowano cenę jednostkową dwóch pozycji, tj. "wymiana/uzupełnienie okładzin ceramicznych fontann” oraz „wymiana/uzupełnienie okładzin kamiennych fontann”, z uwagi na to, że Zamawiający w postępowaniu z 2020 r. podzielił tą pozycję na dwie) (tab.

5)

Jak widać z obliczeń przedstawionych w tabeli 5, ceny zaoferowane w postępowaniu w części 2 są też znacznie niższe, niż w postępowaniu z roku 2020 r. Wiedzą powszechnie dostępną jest fakt, że ceny poszczególnych usług, w tym dotyczących przedmiotowego postępowania są coraz wyższe. W związku z tym, niemożliwym jest, aby Wykonawca w ciągu dwóch lat był w stanie obniżyć cenę na konkretnych pozycjach o 40% do 93 %. Średnia obniżka cen na przedstawionych pozycjach w porównaniu z rokiem 2020 r. wynosi ponad 56%. Wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z umowy zawartej dnia 29.05.2020 r.(nr: ZZW/B/III/3/3/U-44/20/DRW/PN) zawartej pomiędzy Zamawiającym, a konsorcjum OBERON w analogicznym postępowaniu z 2020 r. oferty złożonej w tym postępowaniu oraz kosztorysu stanowiącego załącznik do oferty na fakt zaoferowania w poprzednim postępowaniu cen znacznie przewyższających ceny zaoferowane w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący ponadto wskazał, że przedstawione ceny w ofercie również dalece odbiegają do wynagrodzenia uzyskiwanego przez konsorcjum OBERON w 2021 r. na podstawie umowy zawartej z Zamawiającym w trybie z wolnej ręki. Faktury miesięczne za obsługę fontann opiewają na kwoty średnio 84 000 zł, a w niektórych miesiącach dochodziły do kwoty 140 000 zł. Wskazuje to jednoznacznie, że w przedmiotowym postępowaniu konsorcjum OBERON zaniżył ceny w taki sposób, że nie będzie w stanie wygenerować z zysku z realizacji przedmiotowego zamówienia.

Na potwierdzenie powyższego wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z umowy z dnia 30.03.2021 r. (nr ZZW/B/III/3/3/U-14/DAG/WR) zawartej pomiędzy Zamawiającym, a konsorcjum OBERON oraz faktur wystawianych w trakcie realizacji zamówienia na fakt zaoferowania w poprzednim postępowaniu cen znacznie przewyższających ceny zaoferowane w przedmiotowym postępowaniu.

Z wyżej wskazanych wyliczeń (tab. 5) jednoznacznie wynika, że Konsorcjum OBERON zaoferowało cenę rażąco niską w części 2 zamówienia. Zaoferowane ceny są

nierynkowe. Nie pozwalają na dokonanie choćby zakupu materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia. Na rynku nie jest możliwe zakupienie tego typu usług za cenę przedstawioną w kosztorysie konsorcjum OBERON. Tym samym Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp.

Zarzut 5 - zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum OBERON pomimo tego, że Wykonawca przedstawił wyjaśnienia, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, jak również nie przedstawił dowodów na potwierdzenie tez stawianych w wyjaśnieniach. Zgodnie z art. 226 ust. 6 Pzp Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Ustawodawca w treści przytoczonego przepisu wskazał, że przesłanką do odrzucenia oferty, jako oferty z ceną rażąco niską jest brak złożenia wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień, wraz z dowodami, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Oznacza to, że w przypadku gdy wyjaśnienia są lakoniczne nie mogą stanowić podstawy do uznania, że Wykonawca zaoferował cenę realną za realizację zamówienia. Wyjaśnienia przedstawione przez Wykonawcę muszą jednoznacznie potwierdzać, że Wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie za zaoferowaną cenę. W przedmiotowej sprawie Wykonawca nie potwierdził, że za zaoferowaną cenę jest w stanie zrealizować zamówienie i wygenerować zysk. W wyjaśnieniach konsorcjum OBERON złożył szereg oświadczeń. Jednak nie wynika z nich, dlaczego jego cena jest niższa 0 40% od szacowanej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT. Nie przedstawił w tym zakresie również właściwych dowodów.

Podkreślenia wymaga, że konsekwencje złożenia niewystarczających wyjaśnień są zupełnie inne na gruncie art. 226 ust. 6 Pzp, niż w analogicznym przepisie obowiązującym w poprzedniej ustawie Pzp. W nieobowiązującej już ustawie z art. 90 ust. 3 Pzp wynikało bowiem, że oferta podlega odrzuceniu jeżeli wyjaśnienia potwierdzą zaoferowanie ceny rażąco niskiej. Na podstawie art. 226 ust. 6 Pzp odrzuceniu będzie podlegać oferta, jeżeli wyjaśnienia nie uzasadnią zaoferowanej ceny.

Mając to na uwadze, wskazać należy, że w chwili wezwania Wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny powstaje domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Ciężar udowodnienia realności ceny spoczywa na Wykonawcy. Zgodnie z art. 226 ust. 6 Pzp jeżeli Wykonawca nie sprosta w wyjaśnieniach ciężarowi dowodu i nie wykaże realności ceny, oferta ta winna być odrzucona z postępowania. Podkreślenia wymaga, że na gruncie tego przepisu to nie na Zamawiającym spoczywa ciężar wykazania realności ceny. Tym samym, w przypadku złożenia niewystarczających wyjaśnień, oferta ta podlega odrzuceniu

już z samego faktu złożenia takich wyjaśnień. Brak jest przy tym możliwości naprawienia czynności złożenia wyjaśnień, które są niewystarczające. Sankcja w postaci odrzucenia oferty aktualizuje się w momencie złożenia wyjaśnień nieuzasadniających zaoferowanej ceny. Powyższe twierdzenie jest zgodne z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, m.in.: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2022-01-05, KIO 3670/21, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt KIO 3680/21 , KIO 3681/21.

Ponadto wskazał, że Zamawiający w wezwaniu wezwał do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie wszystkich składowych ceny. Wskazał jednocześnie, że w wyjaśnieniach szczególny nacisk należy położyć na wyjaśnienie pozycji 53 oraz 54 formularza. W ocenie Odwołującego Wykonawca nie wykazał w sposób właściwy i nie przedstawił dowodów potwierdzających, że cena w pozycjach 1-52 jest realna. Z wyjaśnień nie wynika w żaden sposób, aby cena ta mogła zostać zaoferowana na takim poziomie. Ponadto konsorcjum Oberon nie odniósł się do wszystkich elementów składowych ceny, które wymienił w sposób szczegółowy Zamawiający. Pominięcie któregokolwiek z tych elementów, bądź wyjaśnienie lakoniczne świadczy o braku odpowiedzi na część wezwania Zamawiającego, co zgodnie z treścią art. 226 ust. 6 Pzp musi skutkować odrzuceniem oferty z postępowania.

Zarzut 6 — zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum OBERON na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z ww. ustawą czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi (art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca w sposób celowy zaoferował cenę rażąco niską w postępowaniu w zakresie części 2 zamówienia, jednocześnie przenosząc te koszty do ceny zaoferowanej w części 1 zamówienia. W przypadku podziału zamówienia na części, Wykonawcy składają odrębne oferty na każdą część zamówienia. Każda z części jest odrębnie wyceniana oraz oceniana przez Zamawiającego. Odnośnie oceny i realizacji są one traktowane tak, jakby były to odrębne zamówienia. W związku z tym, kształtowanie cen przez Wykonawców musi odnosić się wyłącznie do danej części zamówienia, na którą składana jest oferta. W przypadku składania oferty na więcej niż jedną część zamówienia, Wykonawca przygotowuje odrębne kosztorysy do każdej części. Niedopuszczalne jest na gruncie ustawy Pzp łączenie tych kosztów łącznie do kilku części zamówienia. Konsorcjum OBERON przeniosło część straty, którą wykaże, jak wynika z powyższych wyliczeń i dowodów, na realizacji 2 części zamówienia do ceny, którą zaoferował za realizację 1 części zamówienia. Uczynił to świadomie, w celu ograniczenia dostępu do przetargu innym Wykonawcom. Oferując cenę zaniżoną, uzyska bowiem wyższą cenę w cenowym kryterium oceny ofert i uzyska zamówienie w wyniku nieuczciwych praktyk. W związku z tym, w przedmiotowym postępowaniu zostały wypełnione wszystkie przesłanki złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, tj. oferta została złożona w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, jak również została złożona w celu ograniczenia dostępu do rynku pozostałym wykonawcom.

Powyższy schemat działania konsorcjum OBERON jest widoczny przy porównaniu cen ofert w 1 części zamówienia oraz 2 (tab. 6). W tym miejscu odwołania znajduje się stosowna tabela nr 6. Z powyższej tabeli jednoznacznie wynika, że konsorcjum OBERON w kalkulacji dla części 2 zamówienia w większości pozycji przewidział cenę kilkukrotnie niższą niż w tożsamych pozycjach w formularzu dotyczącym części 1 zamówienia, a także w zamówieniach realizowanych w roku 2020 oraz 2021. Kalkulacje te zostały przygotowane w tym samym postępowaniu, w tym samym czasie i dotyczą tożsamych pozycji. Wobec czego, brak jest jakiegokolwiek zgodnego z prawem uzasadnienia wystąpienia takiej rozbieżności. Z przedstawionych formularzy jednoznacznie wynika, że Wykonawca w celu sprzecznym z dobrymi obyczajami, jak również sprzecznym z ustawą Pzp, rażąco obniżył cenę za realizację części 2 zamówienia w celu uzyskania większej liczby punktów. Jednocześnie straty na tej części uwzględnił w formularzu dotyczącym części 1 zamówienia.

Działanie takie, jednoznacznie wskazuje na zaoferowanie ceny w warunkach nieuczciwej konkurencji. Działanie to jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, ma na celu ograniczenie dostępu do zamówienia innym Wykonawcom, a tym samym ograniczenie konkurencji na rynku. Charakteryzuje się ponadto celowością działania. Brak jest bowiem

możliwości, aby Wykonawca sporządzając w tym samym czasie dwa kosztorysy obniżył tak znacznie w jednej części zamówienia ceny, nie mając na celu ograniczenia konkurencji w postępowaniu. Powyższe manipulowanie ceną jest jednoznaczną podstawą do uznania, że Wykonawca złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Na ten temat wypowiedziała się Izba m.in. w Wyroku z dnia 24.08.2018 r., sygn. akt KIO 1578/18, w Wyroku z dnia 14.08.2022 r., sygn. akt KIO 1755/20. W powyższym wyroku manipulacja ceną dotyczyła przeniesienia kosztów z zamówienia opcjonalnego do zamówienia podstawowego. Jednak zaistniał w tym przypadku ten sam mechanizm działania zmierzający do ograniczenia konkurencji w postępowaniu. Podobnie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w przeprowadzonej kontroli doraźnej z 2015-11-20, KND/17/15.

Reasumując, oferta OBERON w powyższym zakresie wyczerpuje znamiona uznania jej złożenia za czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż poszczególne ceny jednostkowe w istotnych częściach oferty zostały skalkulowanie poniżej kosztów zakupu, czy wytworzenia. „Przejawem manipulacji cenowej nie jest jedynie przyjmowanie rażących dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty - w niegodziwym celu - wyeliminowania w ten sposób konkurencji, ale wszelkie znaczące i wyraźnie wskazujące na taki zamiar - odstępstwa od prawidłowego kalkulowania cen - bez powiązania z ich realnymi kosztami uzyskania" (wyrok KIO z 28.03.2017 r., sygn. akt: KIO 473/17.) „Poprzez nieuwzględnienie w ramach stawki roboczogodziny faktycznych kosztów związanych z realizacją usług objętych zakresem zamówienia i w konsekwencji zaniżeniem wartości tej stawki, wykonawca podjadł w postępowaniu nieuprawnione działania w celu uzyskania zamówienia kosztem innych wykonawców, którzy postąpili zgodnie z wymogami SWZ. Działanie wykonawcy należy zatem uznać za działanie nakierowane na utrudnienie innym wykonawcom dostępu do uzyskania niniejszego zamówienia, co stanowi przesłankę do uznania, że to działanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający w dniu 09.05.2022 r. (za pośrednictwem platformy zakupowej) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 12.05.2022 r. (e-mailem) Konsorcjum OBERON zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 20.05.2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzut 3, w pozostałym zakresie wnosił o oddalenie odwołania. Zamawiający w pierwszym rzędzie wskazał, iż omyłkowo nie doręczył Odwołującemu załączników nr 14 - 21 do wyjaśnień Przystępującego w sprawie rażąco niskiej ceny z dnia 31.03.2022 r. nie zastrzeżonych przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, a które Zamawiający przekazuje Odwołującemu wraz z niniejszymi pismem. Jednocześnie Zamawiający pragnie wskazać, iż przekazanie tychże załączników nie może stanowić uwzględnienia zarzutu nr 1 odwołania, albowiem zarzut ten dotyczy zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego odpowiedzi Przystępującego na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 23.03.2022 r. zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorca. Tymczasem załączniki nr 14-21 nie były nigdy zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, w związku z czym nie zachodzi potrzeba ich odtajnienia przez Zamawiającego.

Ad. Zarzutu nr 1 odwołania:

Odnośnie zarzutu nr 1 odwołania wskazać należy, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, informacje zawarte w wyjaśnieniach Przystępującego w sprawie rażąco niskiej ceny z dnia 31.03.2022 r. (dalej jako „Wyjaśnienia") wraz z dowodami stanowiącymi załączniki nr 1 - 14 do Wyjaśnień, spełniają przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r., poz. 1913 z późn. zm., dalej jako „uznk"), warunkujące możliwość uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przystępujący dokonując zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jasno określił, które informacje i załączniki przedstawione w Wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, wykazał spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk, jak również przedstawił uzasadnienie dla zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający dokonał wnikliwej oceny zastrzeżonych przez Przystępującego informacji i nie miał wątpliwości, iż zostały spełnione wszelkie przesłanki określone w art. 11 ust. 2 uznk, warunkujące możliwość uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa nadto, iż dokonane zastrzeżenie jest skuteczne, zgodne z dyspozycją art. 18. ust. 3 ustawy

Pzp.

Wyjaśnienia Przystępującego wraz z załącznikami nr 1 - 14 zawierają informacje organizacyjne przedsiębiorstwa dotyczące usług stanowiących przedmiot zamówienia, pozyskane przez Przystępującego w latach 2020 i 2021 w związku ze świadczenia na rzecz Zamawiającego zbliżonych usług (Wyjaśnienia str. 2-4). Także informacje w postaci listy pracowników zgłoszonych do ubezpieczeń społecznych (załącznik nr 1 i nr 2 do Wyjaśnień), kopie umów o pracę i aneksów do nich (załącznik nr 3 do Wyjaśnień), listy płac (załącznik nr 4 do Wyjaśnień), deklaracja rozliczenia ZUS DRA (załącznik nr 6 do Wyjaśnień), imienny raport miesięczny o należnych składkach i wypłaconych świadczeniach ZUS RCA wraz z deklaracją rozliczeniową ZUS DRA (załącznik nr 5 do Wyjaśnień) stanowią informacje organizacyjne przedsiębiorstwa, jak również informacje o charakterze gospodarczym. Dane te wskazują bowiem chociażby na wysokość wynagrodzenia konkretnych pracowników Przystępującego.

Ponadto stwierdził, iż informacje o zatrudnionych pracownikach posiadających stosowne doświadczenie i kwalifikacje, wymagane przez Zamawiającego w ramach warunków udziału w postępowaniu, pozwalające na zaoszczędzenie kosztów świadczonych usług (Wyjaśnienia str. 2), czy informacje w zakresie czynników cenotwórczych- lista kontrahentów oferujących materiały niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia, oferty cenowe (załączniki nr 7-13 do Wyjaśnień), sposób wyliczenia poszczególnych cen jednostkowych oraz ceny całkowitej oferty (Wyjaśnienia str. 2-11), założenia w zakresie prognozowanego zysku (Wyjaśnienia str.10-11) stanowią informacje posiadające walor wartości gospodarczej tak dla Przystępującego, jak również dla innych podmiotów świadczących na rynku tożsame usługi.

Zgodnie z orzecznictwem KIO przejawem wartości gospodarczej może być potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść, w razie gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów (vide wyrok KIO z 28.06.2021 r., KIO 1633/21, LEX nr 3260097). Przystępujący wskazał, iż ujawnienie zastrzeżonych przez niego informacji nieuprawnionym podmiotom trzecim na etapie postępowania lub nieograniczonemu kręgowi podmiotów- po jego zakończeniu, naraża Przystępującego na ryzyko poniesienia strat w postaci możliwości przejęcia przez podmioty trzecie współpracy z podmiotami współpracującymi z Przystępującym, co spowoduje ograniczenia w jego działalności i jednoznacznie przełoży się na osiągane przez niego dochody. Ponadto wykorzystanie informacji o stosowanych marżach i strukturze ponoszonych kosztów, przez innych wykonawców z tożsamej branży spowoduje ograniczenie konkurencyjności Przystępującego i dostęp podmiotów trzecich do istotnych dla niego informacji. Przystępujący podniósł także, iż informacje o zatrudnionych pracownikach mogłyby skutkować przejęciem przez podmioty trzecie współpracy z pracownikami Przystępującego.

Konkurencja pomiędzy firmami związana jest w sposób naturalny z nieustannym poszukiwaniem sposobów na szybsze, tańsze i łatwiejsze wykonanie świadczonych usług przy jednoczesnym zachowaniu wysokiego standardu wykonania. Informacje zastrzeżone przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorca stanowią jego własne know-how w zakresie świadczonych usług, a ich ujawnienie mogłoby narazić Przystępującego na poważne szkody i zaburzenie konkurencji na rynku poprzez dostarczenie innym podmiotom informacji pozwalających na optymalizację zysków i minimalizację kosztów związanych z oferowanymi usługami.

Nadto Przystępujący wskazał, iż podjął odpowiednie działania, przy zachowaniu należytej staranności, w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności. Przystępujący podniósł, iż nie podał żadnej z utajnionych informacji do wiadomości publicznej, zawarł stosowne umowy o poufności, jak również odpowiednie zapisy w umowach z pracownikami i współpracownikami, ograniczył dostęp do tych danych, tak aby w ich posiadanie nie weszły osoby nieuprawnione, a zwłaszcza konkurenci Przystępującego lub osoby działające na jego szkodę.

Ad. Zarzutów nr 2 i 3 odwołania:

W zakresie zarzutu nr 2 wskazać należy, iż jest on bezzasadny, albowiem Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa całość treści dokumentu z dnia 31.03.2022 r. obejmującego Wyjaśnienia i uzasadnienie tego zastrzeżenia. Podnieść należy, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie zwrócił się on do Zamawiającego z wnioskiem o udostepnienie mu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego.

Niemniej Zamawiający uznając zasadność zarzutu nr 3 odwołania zobowiązuje się do udostępnienia Odwołującemu zastrzeżenia uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Nie ulega wątpliwościom, w ocenie Zamawiającego, iż uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż wskazuje jedynie

powody, dla których w ocenie Przystępującego określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz pozwala zweryfikować, czy doszło do skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Uzasadnienie to nie zawiera informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tego rodzaju informacjami albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Przystępujący nie dokonał skutecznego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż w treści uzasadnienia nie wykazał, aby zawarte w nim informacje spełniały przesłanki określone w treści art. 11 ust. 2 uznk, w ogóle nie odniósł się do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa uzasadnienia zastrzeżenia, poprzestając wyłącznie w tym względzie na ogólnikowym stwierdzeniu, iż całość dokumentu z dnia 31.03.2022 r. stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ad. Zarzutów nr 4 i 5 odwołania:

Wskazać należy, iż oba zarzuty Odwołującego są chybione, albowiem oferta Przystępującego, w świetle jego Wyjaśnień i przedstawionych dowodów nie pozwala na poczynienia stwierdzenia, iż zawiera rażąco niską cenę w rozumieniu ustawy Pzp. Zgodnie z treścią art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

W realiach niniejszej sprawy Przystępujący na wezwanie Zamawiającego z dnia 23.03.2022r. złożył w wyznaczonym terminie obszerne Wyjaśnienia poparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia te odpowiadały zakresowi wskazanemu w wezwaniu Zamawiającego, obejmującemu zwłaszcza wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny oferty, ze szczególnym uwzględnieniem części składowych wyceny określonych w pozycjach 53 i 54 załącznika nr 7B do SWZ - Wykazu usług wraz z cenami jednostkowymi- część 2 (dalej jako „Wykaz usług").

Przystępujący przedstawił Wyjaśnienia, które uzasadniają podane w ofercie ceny jednostkowe, jak również cenę zbiorczą oferty i dają rękojmie wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w SWZ.

Przystępujący w sposób wyczerpujący i wnikliwy odniósł się do wszystkich elementów składowych ceny, o które pytał Zamawiający, uzasadnił zaoferowane ceny we wszystkich pozycjach Wykazu usług oraz przedstawił dowody na potwierdzenie argumentów podniesionych w Wyjaśnieniach.

Cena zaoferowana przez Przystępującego wbrew konstatacjom Odwołującego nie jest rażąco niska, w świetle przedstawionych przez niego Wyjaśnień oraz dowodów nie jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu świadczonych usług i kosztów składających się na przedmiot zamówienia.

W zakresie wynagrodzenia ryczałtowego- poz. 53 i 54 Wykazu usług nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, by Przystępujący zaoferował cenę za realizację tego zakresu poniżej kosztów, które będzie ponosił podczas realizacji zamówienia.

Przystępujący przy kalkulacji usług, za których prawidłowe wykonanie będzie przysługiwało wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe, wbrew twierdzeniom Odwołującego, wziął pod uwagę wszystkie elementy kosztotwórcze wymienione przez Odwołującego- koszty zaangażowania osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, czas dojazdu, cenę paliwa uwzględniającą ostatnie wzrosty tychże cen, koszty wykorzystania pojazdów, koszty sprzętu niezbędnego do realizacji usług, koszty materiałów.

Cena została skalkulowana w znacznej mierze także w oparciu o dotychczasowe doświadczenia Przystępującego i faktycznie poniesione przez niego koszty przy realizacji w latach 2020 i 2021 dość zbliżonych usług na rzecz Zamawiającego na podstawie umów nr ZZW/B/III/3/3/U44/20/DRW/PN z dnia 29.05.2020 r. oraz nr ZZW/B/III/3/3/U-14/DAG/WR z dnia 20.03.2021 r. Wskazane zamówienia Przystępujący wykonał w sposób należyty, czego dowodem są referencje jakie uzyskał od Zamawiającego po zrealizowaniu w/w zamówień. Przystępujący powołuje się także na doświadczenie i referencje zdobyte w trakcie realizacji zamówień na konserwację i eksploatację fontann, zbiorników wodnych, sieci zraszająco-kroplujących czy pompowni świadczonych na rzecz innych Zamawiających z obszaru m.st. Warszawy jak również z miasta Łodzi (załączniki nr 17 -21 do Wyjaśnień).

Nie ulega wątpliwościom, iż wiedza, jaką nabył Przystępujący podczas obsługi obiektów znajdujących się w zarządzaniu i administrowaniu Zamawiającego w latach

ubiegłych, daje mu przewagę nad innymi wykonawcami ubiegającymi się w obecnie trwającym postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia i jest to istotna okoliczność, której nie można pominąć w realiach niniejszej sprawy. Choć sam Odwołujący wielokrotnie powołuje się na fakt świadczenia przez Przystępującego w/w zamówień w latach 2020 i 2021, to czyni to tyko w kontekście porównywania wysokości cen jakie oferował Przystępujący w tamtych postępowaniach z cenami zaoferowanymi w aktualnie trwającym postępowaniu. Tymczasem Odwołujący pomija tę okoliczność, iż wiedza o stanie technicznym eksploatowanych i konserwowanych obiektów i urządzeń, o ilości rzeczywiście poświęcanego czasu na realizację prac kosztorysowych, a zwłaszcza prac rozliczanych ryczałtowo, stanowią swoiste know- how Przystępującego i miały istotne znaczenie dla skalkulowania cen jednostkowych i ceny sumarycznej oferty Przystępującego, co niejednokrotnie podkreślał on w swoich Wyjaśnieniach.

Przystępujący wprost wskazał, iż wiedza o stanie konserwowanych dotychczas obiektów i urządzeń, stanowiła istotny czynnik przy kalkulacji cen poszczególnych pozycji usług składających się na przedmiot zamówienia i wpływający znacząco na obniżenie kosztów (Wyjaśnienia str. 2). Jak bowiem wskazuje Przystępujący w Wyjaśnieniach obiekty i urządzenia, które mają być konserwowane i eksploatowane w ramach przedmiotowego zamówienia, w okresie ostatnich dwóch lat zostały przez niego gruntownie naprawione, wyczyszczone, zmodernizowane i w najbliższych sezonach eksploatacyjnych nie będą wymagać zwiększonych nakładów pracy.

W zakresie wyjaśnienia cen za prace ryczałtowe określone w pozycjach 53 i 54 Wykazu usług, Przystępujący skorelował także zaoferowane ceny w niniejszym postępowaniu z wynagrodzeniem, jakie uzyskuje on w zakresie świadczenia tożsamych usług (prace konserwacyjne i eksploatacyjnych fontann, przepompowni, stawów itp.) w ramach aktualnie trwających umów dla innych zamawiających z obszaru m.st. Warszawy i Łodzi (Wyjaśnienia str. 10-11, załączniki nr 17-20 do Wyjaśnień). Przedstawione informacje wskazują, iż rzeczone ceny są cenami realnymi, mieszczącymi się w zakresie cen szeroko oferowanych przez Przystępującego na rynku w zakresie tego rodzaju usług.

Na kształt cen jednostkowych i ceny sumarycznej oferty miała wpływ także ta okoliczność, iż obiekty zlokalizowane w części 2 zamówienia znajdują się w bliskim położeniu od siebie, w przeciwieństwie do obiektów zlokalizowanych w części 1 zamówienia, co jak wskazał Przystępujący w Wyjaśnieniach, znacząco wpływa na oszczędność czasu pracy i kosztów dojazdu (str. 2 Wyjaśnień). Jednocześnie w przedstawionych kalkulacjach Przystępujący posługiwał się cenami paliwa uwzględniającymi ostatnie znaczne podwyżki (str. 8 Wyjaśnień). Przedstawiona kalkulacja kosztów dojazdu do poszczególnych obiektów i urządzeń uwzględnia koszty paliwa, eksploatacji aut potrzebnych do realizacji zamówienia, koszty ich zużycia, koszty ewentualnych napraw i inne nieprzewidziane koszty na poziomie 10%. To wyliczenie jawi się klarownym, przejrzystym i uwzględniającym obecnie panujące warunki rynkowe.

Przystępujący uzasadniając wysokość zaoferowanej ceny powoływał się także na dotychczasowe doświadczenie i stopień wykwalifikowania pracowników oraz okoliczność posiadania wśród pracowników zatrudnionych na podstawie umów o pracę osób posiadających świadectwo kwalifikacyjne kat. „E" do 1 KV- uprawniające do eksploatacji w zakresie obsługi, konserwacji, remontów, montażu, instalacji i sieci o napięciu do 1 kV, dzięki czemu nie musi ponosić kosztów zatrudnienia elektryka (Wyjaśnienia str. 2).

W zakresie kosztów wynagrodzeń pracowników zatrudnionych do realizacji zamówienia na podstawie umów o pracę, Przystępujący wskazał, iż w swojej kalkulacji opierał się na ewidencji czasu pracy na poszczególnych obiektach z poprzednich dwóch lat świadczenia usług na rzecz Zamawiającego (Wyjaśnienia str. 2 i 3) oraz wyliczenia minimalnej kalkulacyjnej stawki godzinowej w Polsce dla robót budowlano- montażowych w 2022 r. (załącznik nr 16) w wysokości 25,32 zł brutto.

Przystępujący wyjaśnił, iż wynagrodzenia pracowników zatrudnionych na podstawie umów o pracę są zgodne z przepisami ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207 t.j.), przepisami z zakresu praca pracy i ubezpieczeń społecznych (str. 4 Wyjaśnień), przedstawiając na tę okoliczność stosowne dowody (załączniki od 1 do 6 do Wyjaśnień). Za bezzasadne i nieudowodnione należy także uznać twierdzenia Odwołującego, iż ceny usług zaoferowane przez Przystępującego w pozycjach kosztorysowych nr 2-6, 9-10, 16-19, 27, 37 i 46 Wykazu usług są rażąco niskie. Przystępujący przedstawił bowiem w tym zakresie szczegółowe wyliczenia oraz zestawienie cen oferowanych na poszczególne pozycje kosztorysowe Wykazu usług w swojej ofercie z cenami jakie uzyskał od podmiotów, z którymi współpracuje na materiały niezbędne do wykonania tych usług (str-5-8 Wyjaśnień), a także stosowne dowody w postaci podpisanych ofert (załączniki nr 7-13 do Wyjaśnień). Zamawiający oświadcza, iż jego pracownicy dokonali także telefonicznej weryfikacji tychże cen rozmawiając bezpośrednio z podmiotami, których oferty cenowe na materiały i usługi zostały przedstawione jako dowody przez

Przystępującego. Podmioty te potwierdziły stawki cenowe podane w przedstawionych ofertach. Poniżej wskazuję pozycje cen kosztorysowych z Wykazu usług, kwestionowane przez Odwołującego i odpowiadające im pozycje z załączników do Wyjaśnień:

- Pozycja nr 2 Wykazu usług - pozycja 2 w załączniku nr 7,
- Pozycja nr 3 Wykazu usług - pozycja 3 w załączniku nr 7,
- Pozycja nr 4 Wykazu usług - pozycja 4 w załączniku nr 7,
- Pozycja nr 5 Wykazu usług - pozycja 5 w załączniku nr 7,
- Pozycja nr 6 Wykazu usług - pozycja 6 w załączniku nr 7,
- Pozycja nr 9 Wykazu usług - pozycja 9 w załączniku nr 7,
- Pozycja nr 10 Wykazu usług - pozycja 10 w załączniku nr 7,
- Pozycja nr 16 Wykazu usług - pozycja 16 w załączniku nr 7,
- Pozycja nr 17 Wykazu usług - pozycja 17 w załączniku nr 7,
- Pozycja nr 18 Wykazu usług - pozycja 18 w załączniku nr 7,
- Pozycja nr 19 Wykazu usług - pozycja 19 w załączniku nr 7,
- Pozycja nr 27 Wykazu usług - pozycja 27 w załączniku nr 7,
- Pozycja nr 37 Wykazu usług - pozycja 1 w załączniku nr 10,
- Pozycja nr 46 Wykazu usług - pozycja 4 w załączniku nr 8.

Nie sposób także zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, iż w przypadku rozliczenia kosztorysowego każda z pozycji kosztorysu musi przewidywać zysk. Konstatacja taka nie wypływa z treści orzeczenia KIO z dnia 27 lipca 2020 r., sygn. akt 1279/20, na którą powołuje się Odwołujący, a która wskazuje, iż w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego

„ceny jednostkowe pełnią funkcję samodzielnych cen, w oparciu o które naliczane jest wynagrodzenie, a zatem każda z poszczególnych pozycji podlega badaniu i ocenie", jednak kwestia zysku wykonawcy winna być ocenia w kontekście całego zamówienia. Nie ulega wątpliwościom, iż w świetle Wyjaśnień Przystępującego i przedstawionych dowodów, każda z pozycji Wykazu usług została skalkulowana odrębnie i uwzględnia koszty niezbędne do prawidłowego wykonania danej pozycji. Na żadnej z pozycji Wykazu usług Przystępujący, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie będzie ponosił strat. Bezpodstawnymi są zatem twierdzenia Odwołującego o celowym zaniżaniu wyceny określonych elementów Wykazu usług i przerzucaniu ich kosztów do innych pozycji.

Ponadto, wbrew twierdzeniom Odwołującego wskazane przez niego pozycje nie stanowią istotnej części składowej całego zamówienia. Odwołujący dokonał wyboru kilku przykładowych pozycji Wykazu usług objętych wynagrodzeniem kosztorysowym, nie podając metodologii, kryteriów wedle których wybrał te konkretne pozycje ani nie argumentując w istocie dlaczego, z jakich powodów miałyby one stanowić istotną część składową ceny całego zamówienia. Odwołujący nie wskazał w tym zakresie żadnego uzasadnienia dla swoich twierdzeń. Nie można wszak uznać za takowe prostych wyliczeń matematycznych, że pozycji objętych rażąco niską ceną jest 14 na 50 wszystkich pozycji kosztorysowych, co stanowi 30% zadań przedmiotu tego zakresu. W tym miejscu należy zwrócić Odwołującemu uwagę, że pozycji objętych wynagrodzeniem kosztorysowym jest 52 a nie 50.

Szacując ceny jednostkowe poszczególnych pozycji kosztorysowych i ryczałtowych ujęte w Wykazie usług Przystępujący uwzględnił także inne koszty niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, takie jak koszty środków chemicznych, utylizacji odpadów, worków na odpady, rękawiczek, wymiany narzędzi, koszty telefonów, obsługi biura rachunkowego wykazując ich zbiorczą wartość dla niniejszego zamówienia (str. 10 Wyjaśnień). Przystępujący w przedstawionej kalkulacji uwzględnił także współczynnik ryzyka dla ewentualnych nieprzewidzianych prac i kosztów na poziomie 10% całkowitego kosztu dla usług wskazanych w poz. 50-54 Wykazu usług oraz 5% dla usług określonych w pozycjach 1-49 Wykazu usług (str. 9 i 10 Wyjaśnień). Nadto, Przystępujący przedstawił szczegółowe wyliczanie prognozowanego zysku z tytułu wykonania zamówienia stanowiącego przedmiot niniejszego postępowania z wyszczególnieniem na poz. 1-49 oraz 50-54 Wykazu usług, który w świetle całości przedstawionych Wyjaśnień i dowodów nie dawał odstaw do kwestionowania tych wyliczeń i jawi się jako zysk możliwy do osiągnięcia w kontekście aktualnie panujących realiów rynkowych (str. 9-11 Wyjaśnień).

Nie polegają na prawdzie twierdzenia Odwołującego, iż za wystąpieniem rażąco niskiej ceny przemawia fakt, iż w poszczególnych pozycjach kosztorysowych za zaoferowaną przez Przystępującego cenę nie jest możliwym dokonanie zakupu samych materiałów służących do dokonania naprawy bądź wymiany, bez uwzględnienia kosztów pracy oraz zysku. Konstatacjom tym przeczą bowiem Wyjaśnienia Przystępującego i załączone przez niego dowody w postaci ofert kontrahentów (załącznik nr 7 i nr 8 do Wyjaśnień), które zawierają niższe koszty zakupów materiałów niż koszty z kosztorysu przedstawionego przez Odwołującego (załącznik nr 1 do Odwołania). Wskazał także, iż dowód w postaci kosztorysu z dnia 25.03.2022 r. stanowiący załącznik nr 1 do Odwołania, o którego dopuszczenie i przeprowadzenie wnosi Odwołujący nie może, w ocenie Zamawiającego stanowić dowodu na fakt minimalnego poziomu kosztu realizacji zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji formularza cenowego bez uwzględnienia zysku. Wskazać należy, iż Zamawiający w realiach niniejszego postępowania nie wymagał sporządzenia kosztorysu inwestorskiego przez wykonawców. Ponadto, mając na uwadze treść art. 34 ust. 1 ustawy Pzp kosztorysy inwestorskie wymagane są przy zamówieniach na roboty budowlane, nie zaś usługi.

Nadto, jak wskazał Odwołujący kosztorys ten został sporządzony w oparciu o rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dn. 24.01.2004 r. w sprawie metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, które to rozporządzenie na podstawie art. 226 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz.1843 z późn. zm.), utraciło moc z dniem wejścia w życie rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18.05.2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym. Z kolei to ostatnie rozporządzenie, zgodnie z art. 97 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.), utraciło moc z dniem wejścia w życie rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20.12.2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym.

W zakresie porównania przez Odwołującego cen zaoferowany przez Przystępującego w części 2 zamówienia do cen zaoferowanych w części 1 podnieść należy, iż obie części stanowią dwa, odrębne od siebie zamówienia. Nieuprawnionym jest i wprowadzającym w błąd czynienie tego rodzaju porównań. Jak słusznie podniósł sam Odwołujący - każda z części zamówienia jest wyceniana odrębnie, „Odnośnie ceny i realizacji są one traktowane tak, jakby były to odrębne zamówienia. W związku z tym, kształtowanie cen przez Wykonawców musi odnosić się wyłącznie do danej części zamówienia, na którą składana jest oferta. W przypadku składania oferty na więcej niż jedną część zamówienia, Wykonawca przygotowuje odrębne kosztorysy do każdej części. Niedopuszczane jest na gruncie ustawy Pzp łącznie tych kosztów łącznie do kilku części zamówienia.” (str. 29 Odwołania). Odwołujący zarzuca bezpodstawnie Przystępującemu manipulację cenami pomiędzy częściami niniejszego zamówienia, tymczasem to sam Odwołujący manipuluje różnymi, odmiennymi formularzami cenowymi składanymi przez Przystępującego w toku różnych, odrębnych postępowań- z 2020 r., 2021 r. i 2022 r. i różnych części zamówienia. W realiach niniejszej sprawy, Zamawiający wobec przedstawionych dowodów i Wyjaśnień Przystępującego nie miał jakichkolwiek podstaw do kwestionowania przedstawionej przez niego Wyceny usług stanowiących przedmiot zamówienia.

Ad. Zarzutu nr 6 odwołania:

W ocenie Zamawiającego także zarzut nr 6 odwołania jest całkowicie chybiony i nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący twierdzi, iż oferta Przystępującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk. Odwołujący nie wskazuje przy tym precyzyjnie, który z przepisów uznk miałby zostać naruszony w realiach niniejszego postępowania. Odwołujący raz podnosi, iż czyn ten miał polegać na tym, iż Przystępujący poszczególne ceny jednostkowe w istotnych częściach oferty skalkulował poniżej kosztów zakupu czy wytworzenia. W innym miejscu wskazuje, iż Przystępujący w kalkulacji ceny dla części 2 zamówienia w większości pozycji przewidział cenę niższą niż w tożsamych pozycjach w formularzu cenowym części 1 zamówienia, a w innym miejscu Odwołujący podaje, że czyn ten miał polegać na skalkulowaniu ceny części 2 zamówienia w niektórych pozycjach poniżej cen oferowanych przez Przystępującego w innych postępowaniach w roku 2020 i 2021. Tymczasem w doktrynie i orzecznictwie wskazuje się: „Wprawdzie przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zawierają otwarty katalog czynów nieuczciwej konkurencji, jednak w orzecznictwie prezentowany jest pogląd o braku możliwości przyjęcia, że podmiot, który formułuje zarzuty oparte na przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie jest zobligowany do wskazania charakteru takiego czynu oraz jego następstw, w tym w szczególności wskazania, w jaki sposób dochodzi do naruszenia jego prawem chronionych interesów. Jeżeli wykonawca odwołuje się do okoliczności związanych z eliminacją konkurencji z rynku, utrudniania dostępu do niego, powinien sprecyzować i wykazać, na czym opierają się te działania w określonych realiach przy uwzględnieniu jego

sytuacji podmiotowej. Brak konkretyzacji sposobu popełnienia czynów związanych z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji stałby na przeszkodzie stwierdzeniu wystąpienia takiego czynu, gdyż naruszenie konkurencji materializuje się każdorazowo w odmienny sposób, przy uwzględnieniu realiów rynkowych, zdefiniowaniu dla danej branży rynku właściwego, sposobu popełnienia czynu w uwzględnieniem w szczególności jego skutków mających bezpośrednie lub pośrednie przełożenie na sytuację podmiotową przedsiębiorcy dotkniętego takim czynem." (vide A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 226; wyrok KIO z dnia 4.09.2018 r., sygn. akt KIO 1628/18).

Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustęp drugi komentowanego przepisu, jak również inne przepisy uznk przywołują przykłady czynów stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący powinien zatem wykazać, iż określone zachowanie, podjęte w związku z działalnością gospodarczą, jest

sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz że doszło do stanu zagrożenia lub naruszenia interesu prawnego innego przedsiębiorcy lub klienta. W ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie wykazał spełnienia łącznie w/w przesłanek warunkujących uznanie danego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk. Podkreślił, iż cena zaoferowana przez Przystępującego w części 2 zamówienia, w świetle jego Wyjaśnień i przedstawionych dowodów nie jest ceną rażąco niską. Nie ma sensu ponowne przywoływanie w tym miejscu całej augmentacji podniesionej przez Zamawiającego w tym zakresie w punkcie odnoszącym się do zarzutów nr 4 i 5. Nadto, wskazał na doktrynę: „Wystąpienie w ofercie wykonawcy rażąco niskiej ceny nie może być więc traktowane automatycznie jako złożenie jej w warunkach nieuczciwej konkurencji. Świadczy o tym chociażby przewidzenie w Prawie zamówień publicznych odrębnych przesłanek odrzucenia oferty z tych tytułów, tj. art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. (oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia) oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. (oferta została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji)." (vide A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 226.)".

Jakkolwiek w świetle Wyjaśnień i dowodów złożonych przez Przystępującego, nie sposób uznać by oferował on w niniejszym postępowaniu usługi poniżej kosztów ich zakupu czy wytworzenia, to wskazać należy, iż nie każda sprzedaż towarów czy usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia będzie stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji: „Do zakwalifikowania jako czyn nieuczciwej konkurencji nie wystarczy jednak wykazanie sprzedaży poniżej kosztów własnych. Aby móc uznać takie działanie wykonawcy za czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 u.z.n.k., należy wykazać m.in., że jest ono podejmowane w celu wyeliminowania innego przedsiębiorcy z rynku (zajęcia jego miejsca), stworzenia sobie warunków umożliwiających dyktowanie cen lub innych warunków umów oraz że działaniu wykonawcy można przypisać winę umyślną. Uznanie sprzedaży poniżej kosztów własnych (sprzedaży ze stratą) za czyn nieuczciwej konkurencji musi być traktowane jako rozwiązanie wyjątkowe, w szczególności jeżeli weźmie się pod uwagę swobodę ustalania i różnicowania cen w gospodarce wolnorynkowej." (vide A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 226.).

W wyroku KIO 1578/18 z 24.08.2018 r., na który powołuje się Odwołujący, wskazano: „Działanie C. polega na tzw. "manipulowaniu ceną" tzn. na "określaniu cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, a część jest bez

uzasadnienia zawyżona, by rekompensować zaniżenie innych cen, przy czym celem dokonywania takiej operacji jest zamierzona optymalizacja dokonanych wycen" (M. Jaworska (red.) Prawo zamówień publicznych. Komentarz, W. 2018). Manipulacja cenowa sprowadza się zatem do przerzucania kosztów pomiędzy poszczególnymi elementami cenotwórczymi."

Na kanwie przedmiotowego orzeczenia mieliśmy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca stosując manipulacje poszczególnymi składnikami cenowymi uzyskał w ramach kryteriów oceny ofert najwyższą punktację w rankingu ofert pomimo, że jego cena była wyższa niż cena odwołującego. Wykonawca ten zaoferował cenę za miesięczne ryczałtowe wynagrodzenie za określone usługi na poziomie 1 gr.

Tymczasem jak wynika z Wyjaśnień i dowodów przedstawionych przez Przystępującego żadna z pozycji Wykazu usług nie została skalkulowana przez niego w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z należytą realizacją przedmiotu zamówienia. Słusznie zaś wskazuje doktryna: „W przypadku czynu nieuczciwej

konkurencji porównaniu ulegają wyłącznie koszty ponoszone przez wykonawcę z ceną jego

oferty - cena co najmniej równa kosztom wytworzenia (zakupu) nigdy nie będzie stanowić czynu nieuczciwej konkurencji. Ceny oferowane przez konkurentów i przeciętne ceny na rynku nie mają znaczenia. Nie może być również przesłanką uznania za czyn nieuczciwej konkurencji sprzedaż poniżej kosztów, które ponosi w celu uzyskania towaru konkurent zarzucający taki czyn. To w przypadku kolejnej przesłanki (ceny rażąco niskiej) porównanie dokonywane jest wobec przedmiotu zamówienia, tj. jego wartości rynkowej (por. niżej). Także sam fakt nieosiągnięcia zysku przez wykonawcę nie ma znaczenia przesądzającego." (vide W. Dzierżanowski [w:] Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, W-wa 2021, art. 226) .

W innym orzeczeniu KIO, na które powołuje się Odwołujący (wyrok KIO z dnia 14.08.2020 r., sygn. akt I KIO 1755/20 manipulacja ceną dotyczyła przeniesienia kosztów z zamówienia opcjonalnego do zamówienia podstawowego, gdzie cena jednostkowa w zakresie podstawowym opiewała na kwotę 54.90 zł brutto, a w zakresie opcjonalnym na kwotę 1,00 zł brutto. W przypadku zarzutu utrudniania dostępu do rynku innym przedsiębiorcom podkreśla się, iż mamy do czynienia z celowymi, rażącymi działaniami, które nie wynikają z istoty konkurencji na rynku, lecz dokonywane są przy pomocy środków nieznajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji. Przywołane powyżej stany faktyczne dotyczyły sytuacji, w których wykonawcy aby wyeliminować innych przedsiębiorców z rynku, czy też utrudnić im do niego dostęp, uciekali się do działań rażąco sprzecznych z dobrymi obyczajami, ustalając ceny w oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to, aby wykorzystując matematyczne zależności, uzyskać zamówienie. Tymczasem w niniejszej sprawie Przystępujący przy kalkowaniu ceny oferty, nie dopuścił się zarzucanego mu przez Odwołującego manipulowania ceną.

W dniu 24.05.2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Przystępujący złożył swoje pismo procesowe z 23.05.2022 r., w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości. W pierwszej kolejności odnoszę się do zarzutu dalej idącego, a zatem zarzutu dotyczącego wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny wraz z wszystkimi konsekwencjami dotyczącymi wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Na str. 13 odwołania Odwołujący wskazał: „Z analizy formularza cenowego załączonego do oferty konsorcjum OBERON wynika, że ceny zaoferowane przez konsorcjum są rażąco niskie, a Wykonawcy nie będą w stanie zrealizować całego zamówienia i uzyskać z niego zysk. Tym samym, w ofercie tej zaoferowano ceny rażąco niskie.". Na potwierdzenie tego twierdzenia przytoczył jednak tylko wyrok KIO 1018/13. Jednakże z samego wyroku KIO nie może wynikać rażąco niska cena, ani tym bardziej nie stanowi on (wyrok) dowodu na to, że Konsorcjum zaoferowało rażąco niską cenę i dodatkowo do tego Wykonawca nie będzie w stanie realizować zamówienia. Każdy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej jest wydany na kanwie zupełnie innego stanu faktycznego, a w sytuacji rażąco niskiej ceny są to tak zupełnie odmienne stany faktyczne, że cytowanie wyroków KIO absolutnie nie przesądza o niczym.

Na stronie 14 odwołania Odwołujący znów wypowiada się tylko ogólnie bez żadnych konkretów, wskazując, iż w jego ocenie konsorcjum zaoferowało cenę za realizację zamówienia poniżej kosztów, ale nie wskazuje żadnego dowodu na to powołując się tylko i wyłącznie na „własną ocenę.". Następnie Odwołujący wskazał cyt: „Wskazać należy, że realizacja zamówienia w przedmiotowych pozycjach będzie wymagała przede wszystkim zaangażowania osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Przy wyliczaniu ceny należy uwzględnić wynagrodzenie pracowników, czas dojazdu, cenę paliwa, wykorzystanie pojazdów, a także niezbędnego sprzętu do wykonania zamówienia, w tym odkurzaczy fontannowych, pomp odwadniających, myjek wysokociśnieniowych. Ponadto należy wziąć pod uwagę koszt materiałów służących do prawidłowej realizacji zamówienia." I po tym stwierdzeniu Odwołujący postawił tezę, iż Konsorcjum nie wzięło tych elementów kosztotwórczych przy wyliczaniu ceny oferty.

Oczywiście, znów wszystko odbyło się tylko poprzez ocenę i założenia Odwołującego, a Odwołujący nie przedstawił na tą okoliczność ani jednego dowodu. Z tak postawionej tezy Odwołujący wysnuł wniosek: „Biorąc to pod uwagę niemożliwym jest aby Konsorcjum

OBERON wygenerował zysk przy tak niskich cenach za miesięczną realizację zamówienia w zakresie dotyczącym wynagrodzenia ryczałtowego.". Przystępujący wobec tak gołosłownych twierdzeń Odwołującego wskazuje, iż wszystkie czynniki o których wspomina

Odwołujący zostały przez niego wzięte pod uwagę. I tak: operując konkretami w przeciwieństwie do Odwołującego Przystępujący wskazuje, bazując na podanej w odwołaniu chronologii:

1. Wynagrodzenie o pracę

Str. 4 wyjaśnień Przystępującego: Przystępujący w punkcie VI wskazuje ilu pracowników zatrudnia na umowę o pracę, wskazuje także umowy o pracę oraz dokumenty potwierdzające zgłoszenie pracowników do ubezpieczeń społecznych, także zaświadczenie o niezaleganiu w ZUS. (załączniki: 1,2,3,4,5,6,14,15, 16). Ponadto w każdym miejscu, gdzie wyjaśnienia tego wymagają Przystępujący wskazuje oszacowaną liczbę roboczogodzin.

2. Czas dojazdu, cena paliwa

Na str. 8 swoich wyjaśnień Przystępujący wskazał: „Dodatkowo wyliczyliśmy, że na dojazdy (w tym również w celu dokonania zakupów należy przyjąć ..."

„Koszt jednego kilometra wyliczyliśmy na kwotę ..... brutto. Wycena jednego

kilometra zawiera:

- koszt paliwa (...) z czego cenę paliwa przyjęto w wysokości

- koszt eksploatacji auta itd."

Z powyższych wyjaśnień zatem ewidentnie wynika, iż Przystępujący uwzględnił czas dojazdu jak i cenę paliwa. Podobnie punkt VIII str. 9 wyjaśnień.

3. Niezbędny sprzęt i środki służące do wykonania zamówienia

Na stronie 8 w pkt: „Wyjaśnienie dot. poz nr 39 - środki chemiczne" Przystępujący dokładnie wyliczył środki chemiczne jakich będzie potrzebował w tym postępowaniu. Ponadto na stronie 9 wskazano, iż kalkulacja ceny uwzględnia ceny rynkowe materiałów eksploatacyjnych, środków chemicznych, kosztów utylizacji, czy też wymiany narzędzi. Przystępujący jako firma, która jest na rynku określoną już ilość czasu posiada własny sprzęt, dlatego też założyła wycenę materiałów eksploatacyjnych czy też nawet wymianę narzędzi gdyby któryś ewentualnie sprzęt uległby zniszczeniu. Wszystko to zostało przewidziane i opisane w wyjaśnieniach.

Mało tego Przystępujący złożył także ofertę jednego ze swoich kontrahentów na środki chemiczne (załącznik nr 13 do wyjaśnień).

Ponadto zaznaczyć należy, że Przystępujący skalkulował wszystkie koszty biorąc pod uwagę ich wzrost, w szczególności zaś koszty wzrostu paliwa (strona 8 i strona 9),do bo co do pozostałych kosztów Odwołujący nie wskazał, ani nie wykazał ich wzrostu, natomiast wzrost kosztu paliwa jest powszechnie znany i wzrost ten Przystępujący uwzględnił, co widać wyraźnie w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny.

Podsumowując powyższe należy wskazać, iż gołosłownym twierdzeniom odwołania Przystępujący jest w stanie przedstawić konkretne pozycje w swoich wyjaśnieniach.'

I znów podsumowując kolejną część odwołania - Przystępujący wskazuje na 14 pozycji cenowych i cytuje tym razem aż trzy wyroki Krajowej Izby Odwoławczej na poparcie swojego stanowiska. Jedyne co warto zacytować za Odwołującym to stwierdzenie: „Jak wielokrotnie podkreślała Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach- oceny rażąco niskiej ceny należy dokonywać zawsze indywidualnie dla każdego postępowania z uwzględnieniem jego specyfiki.".

A zatem biorąc pod uwagę stwierdzenie Odwołującego nie należy przywiązywać wagi do orzeczeń KIO, gdyż zapadają one w odmiennych stanach faktycznych, a zawsze ocenić wyjaśnienia w zakresie RNC w sposób indywidualny.

Odnosząc się zaś do konkretów wskazuje, że tabela na stronie 2 odwołania wskazuje tylko, jakie ceny są dostępne Odwołującemu, a w żaden sposób nie udowadnia, iż są to ceny jakby chciał Odwołujący dotyczące minimalnego kosztu realizacji danej pozycji części 2. Przystępujący wskazuje, że osiągnął zupełnie inne ceny na tych pozycjach, do których to doliczył zysk. Natomiast to jakie ceny na rynku osiągnął Odwołujący jest tylko jego sprawą i nie przesądza, że inni wykonawcy nie mogą mieć innych cen. Ponadto Odwołujący nie udowodnił, że są to ceny minimalne. Odwołujący próbuje udowodnić, że są to ceny minimalne poprzez odniesienie się do kosztorysu inwestorskiego. W pierwszej kolejności wnosimy o oddalenie tego dowodu, bowiem taki samodzielnie sporządzony dowód jest raczej poglądem prywatnym strony, czy też dokumentem prywatnym strony i nie jest bynajmniej dowodem na okoliczność cen minimalnych. Gdyby jednak Izba ów a la dowód dopuściła, to wskazuje, iż w ocenie Odwołującego w żaden sposób nie potwierdza on cen minimalnych. Należy zauważyć, iż Zamawiający przy szacowaniu wartości zamówienia przed wszczęciem postępowania rzeczywiście sporządzają kosztorysy inwestorskie (oczywiście przy robotach budowlanych, Odwołujący już pomija nawet fakt, iż mamy do czynienia z usługą), jednak KOSZTORYSY INWESTORSKIE w ogóle najczęściej nie korelują z ofertami cenowymi

i cenami w danych postępowaniach. Najczęściej kosztorys inwestorski jest dużo wyższy od ceny ofertowych, co uwzględnia sam ustawodawca wskazując, iż wezwania do RNC mogą zaistnieć dopiero wtedy jeśli cena ofertowa jest niższa od szacunkowej wartości zamówienia (a więc od takiego kosztorysu) o 30%. Dlaczego tak się dzieje? Najczęściej dlatego, że Zamawiający taki kosztorys sporządzają o dane z GUSU, Sekocenbudu itd., które w ogóle nie uwzględniają specyfiki rynkowej, a w szczególności tego, jakie rabaty i upusty dany wykonawca jest w stanie uzyskać na rynku. Zatem kosztorys inwestorski w skrócie jest dowodem na to, jaką cenę Zamawiający jest uzyskać na rynku, gdyby był „takim wykonawcą z ulicy.". Natomiast każdy wykonawca ma swoją sieć dostawców którzy dają mu rabaty i upusty, dlatego też nigdy cena z kosztorysu nie będzie dowodem na minimalne koszty realizacji danych pozycji. Gdyby iść logiką Odwołującego to każdy wykonawca, który w postępowaniach o udzielenie zamówienia złożył cenę inną niż szacunkowa wartość zamówienia to miałby już ceną rażąco niską. Zatem idąc za logiką Odwołującego w ogóle nie byłoby żadnej konkurencji na rynku, bo wykonawcy musieliby składać ceny zgodne z kosztorysem inwestorskim lub wyższe od niego, bo kosztorys miałby potwierdzać ceny minimalne. Tymczasem praktyka rynkowa jest zgoła odmienna i kosztorys jest z reguły zawsze znacząco wyższy od cen rynkowych. Ale jak już wskazano wcześniej nawet ustawodawca rozumie tą sytuację, bo dopuszcza by ceny były o 30% niższe od szacunkowej wartości zamówienia (kosztorysu inwestorskiego), bez żadnych konsekwencji. Dopiero po przekroczeniu tego progu wykonawca ma obowiązek tłumaczenia się. Zatem, kosztorys to raczej dowód na ceny wysokie, wyższe niż minimalne, a nie dowód na minimalne ceny realizacji danych pozycji.

Kolejny zarzut Odwołującego dotyczy niemożliwości dokonania zakupu samych materiałów i znów Odwołujący wskazuje na 10 pozycji. Po pierwsze wskazując na dowód na poparcie swoich tez kosztorys inwestorski, a po drugie na wydruki ze stron internetowych. Odwołujący wskazuje i rzekomo udowadnia poz. 5. 10. 18 i 27.

W tym miejscu trzeba wskazać, że Odwołujący nie ma nawet krzty pojęcia o realizacji niniejszego zamówienia. Biorąc bowiem pod uwagę pozycję nr 10 Przystępujący wskazuje, iż Odwołujący wycenił taką skrzynkę hydrantową; (w tym miejscu pisma stosowe zdjęcie). Podczas, gdy do realizacji tego zadania potrzeba wycenić następującą skrzynkę hydrantową; (w tym miejscu pisma stosowe zdjęcie). Jak można zatem do porównania brać zupełnie dwie inne skrzynki? Podkreślił, iż biorąc pod uwagę pierwszą skrzynkę to rzeczywiście jej cena na allegro wynosi 169 złotych: (w tym miejscu pisma stosowe zdjęcie). Natomiast, skrzynka, która jest konieczna w niniejszym postępowaniu nawet na allegro kosztuje 23 zł: (w tym miejscu pisma stosowe zdjęcie). Trudno zatem traktować Odwołującego poważnie w tym jego zarzucie, że nawet materiałów nie można kupić do dokonania naprawy w cenie wskazanej przez Przystępującego, skoro Przystępujący nie jest w stanie poprawnie określić materiałów do danego zamówienia.

Natomiast pozostałe zakwestionowane przez Odwołującego pozycje, a zatem 5, 18 i 27 znajdują odniesienie:

- poz. nr 5 w ofercie dostawcy stanowiącej załącznik nr 7 do wyjaśnień w zakresie RNC (również pkt 5 oferty)

- poz. nr 18 w ofercie dostawcy stanowiącej załącznik nr 7 do wyjaśnień w zakresie RNC

(również pkt 18 oferty)

- poz. nr 27 w ofercie dostawcy stanowiącej załącznik nr 7 do wyjaśnień w zakresie RNC (również pkt 27 oferty)

Wszystkie ceny w zupełności zgodne z kosztorysem wykonawcy i potwierdzające cenę złożoną w ofercie.

Ponadto ceny na pozostałe pozycje zakwestionowane przez Odwołującego, a zatem 6,9, 16, 19, i 46 wskazane zostały w załączniku nr 7 do wyjaśnień w zakresie RNC. Odpowiednio w pozycjach 6, 9, 16, 19 i 46 oferty podwykonawcy. Mając znów na uwadze powyższe należy wskazać, że Odwołujący w ogóle nie udowodnił ani wniosków płynących z tabeli 2, ani tabeli 3 swojego odwołania. (str. 19 i 20 odwołania), a Odwołujący wskazał na tą okoliczność przeciwdowody (ofertę dołączoną już do wyjaśnień RNC), ale także wykazał błąd logiczny w myśleniu Odwołującego (w zakresie kosztorysu inwestorskiego). Kolejny argument Odwołującego na poparcie ceny rażąco niskiej to zdaniem Odwołującego poziom cen zaoferowany w części 1 zamówienia. Odwołujący wskazuje, iż są to te same pozycje, zaoferowane w tym samym postępowaniu i w tym samym czasie. Tymczasem absolutnie stwierdzenie to nie jest prawdą.

Po pierwsze mamy do czynienia z częściami zamówienia, a zatem każda z tych części jest odrębną częścią zamówienia, na co chociażby wskazuje nawet ustanowienie

innego wadium dla każdej z tych części. W orzecznictwie przyjmuje się od zawsze, że części zamówienia są odrębnymi postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego, stąd stwierdzenie, że jest to to samo postępowanie a pozycje są te same jest dalece upraszczające i chyba dostosowane do potrzeb strategii odwołania. Jak wskazywał sam Odwołujący: „Realizacja każdej części zamówienia opierała się na dwóch elementach:

1) miesięcznej konserwacji fontann, kaskad, poidełek sieci zraszających oraz

2) naprawach, wymianach urządzeń, części do urządzeń nie wchodzących w zakres miesięcznej konserwacji."

Zatem już samo to stwierdzenie powinno Odwołującemu zasugerować, że w obu postępowaniach mamy do czynienia z innymi fontannami, kaskadami czy też poidełkami, co oznacza, że po pierwsze mogą być w różnym stanie, wymagać więcej napraw, czy też częstszej miesięcznej konserwacji. Gdyby Odwołujący udał się na wizję po elementach będących przedmiotem zamówienia zarówno w części 1 jak i w części 2 sam zobaczyłby na czym polega różnica pomiędzy tymi częściami zamówienia. Ponadto, co istotne i uszło uwadze Odwołującego to fakt, iż Przystępujący realizował w całości część 1, a zatem ma pełną świadomość, co do nakładu pracy, wymiany elementów i skali miesięcznej konserwacji elementów, co spowodowało, iż mógł sporządzić świadomą wycenę dotyczącą tej części zamówienia. Nie jest także argumentem fakt, iż w poprzednich latach cena zaoferowana przez Konsorcjum była ceną wyższą. Przystępujący jeszcze raz wskazuje, że właśnie kwestia realizowania tego zamówienia w przeszłości pozwoliła mu na zaoferowanie obecnie takiej ceny. Oferując cenę w poprzednich latach Konsorcjum nie miało pojęcia jak bardzo uszkodzone są dane elementy, co będzie trzeba naprawiać oraz jak wygląda miesięczna konserwacja. Dlatego też w 2022 roku Konsorcjum mogło dać cenę niższą bowiem miało i ma pełną świadomość realizacji zamówienia. Przy czym należy podkreślić, iż nie jest to wiedza tajemna, a każdy wykonawca mógł uzyskać taką samą wiedzę poprzez odbycie wizji lokalnej. Odwołujący w swoim postępowaniu wskazuje, iż cyt: „Wiedzą powszechnie dostępna jest fakt, że ceny poszczególnych usług, w tym dotyczących przedmiotowego postępowania są coraz wyższe." I w tym kontekście nie sposób się zgodzić z Odwołującym, bowiem wiedzą powszechną jest fakt, że wzrosły ceny paliwa, stali czy betonu, oraz ogólnie materiałów budowlanych w związku z sytuacją na rynku. Natomiast ceny usług, w tym usług szeroko pojętych „porządkowych" nie wzrosły, jeśli nawet nie staniały, bowiem akurat na rynku tych usług mamy do czynienia z napływem siły roboczej. Poza tym trzeba zauważyć, że Odwołujący wskazuje, że cena, która była zaoferowana w poprzednim postępowaniu była ceną niższą, jednakże odnosi to tylko co do konkretnych jednostkowych cen. Zupełnie pomija aspekt całego przedmiotu zamówienia. Świetnie buduje napięcie w odwołaniu wskazując, iż cyt: „średnia obniżka cen na przedstawionych pozycjach w porównaniu z rokiem 2020 r. wynosi ponad 56%.". Natomiast stan faktyczny wygląda zgoła odmiennie. A mianowicie w 2020 roku (umowa z dnia 29.05.2020 roku) Przystępujący zawarł umowę na kwotę 670 687,02 złotych, która to umowa odzwierciedlała zakres części 1 i 2 przedmiotowego (dzisiejszego) postępowania i była zawarta na okres roku.

Gdyby zatem owo postępowanie i wycenę tamtego postępowania przełożyć na dzisiejsze postępowania to za część 1 i 2 przedmiotowego postępowania na 3 lata cena wynosiłaby 670 687,02 zł * 3 lata = 2 012 061,06 złotych. Przenosząc powyższe na oferty złożone w zakresie części 1 i 2 przez Konsorcjum należy wskazać, że w odniesieniu do części 1 Konsorcjum zaoferował cenę 1 395 336,60 złotych, zaś w części 2 zaoferowało cenę - 985 365, 30 złotych, co łącznie daje cenę 2 380 701, 90 złotych.

Jak zatem z powyższego wynika wbrew temu, co twierdzi Odwołujący Konsorcjum zaoferowało w niniejszym postępowaniu cenę wyższą niż w 2020 roku.

Samo wskazanie cen jednostkowych i wskazanie, że zostały zmniejszone do nawet 93% nie przedkłada się na cenę globalną, która jak widać w przedmiotowym postępowaniu jest jednak wyższa. Odwołujący próbując pokazywać tylko ceny jednostkowe chciał sprawić wrażenie, że Przystępujący dokonał niesamowitej manipulacji cenowej i znacznie obniżył cenę, co nie jest prawdą, jak wykazał Przystępujący. A zatem bazując nawet na dowodzie złożonym przez Odwołującego (umowa z dnia 29.05.2020 r.) wyraźnie widać nie tylko podobieństwo globalnej ceny, ale i jej ewaluację cenową. Odwołujący jako dowód na zaoferowanie rażąco niskiej ceny wskazuje tabelę 5, jednakże tabela 5 pokazuje tylko wartości niektórych cen, a ponadto tabela 5 w poz. 1 pokazuje akurat wzrost wartości ceny o 75%. Odwołujący zatem wskazał tylko, że na niektórych pozycjach nastąpiła zmiana cen, jednakże biorąc pod uwagę globalną wartość zamówienia - w żaden sposób nie wykazał, że w 2022 roku Konsorcjum zaoferowało rażąco niską cenę.

W swoim odwołaniu na str. 26 Odwołujący wskazał: „ W wyjaśnieniach konsorcjum

OBERON złożył szereg oświadczeń. Jednak nie wynika z nich, dlaczego jego cena jest niższa o 40% od szacowanej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT. Nie

przedstawił w tym zakresie również właściwych dowodów.". Zastanawia po pierwsze fakt tak kategorycznego stwierdzenia, skoro rzekomo Odwołujący nie widział wyjaśnień i domaga się ich odtajnienia. Skoro nie widział wyjaśnień, czemu zatem twierdzi, że Konsorcjum nie przedstawiło dowodów? Oczywiście wskazuję, iż Konsorcjum przedstawiło dowody, a także, iż z wyjaśnień wynika usprawiedliwione zaoferowanie ceny w części 2.

W zakresie czynu nieuczciwej konkurencji rzekomo popełnionego przez Konsorcjum po pierwsze wskazuje, iż wszelkie twierdzenia Odwołującego w tym zakresie są nieprawdą i nie znajdują oparcia w stanie faktycznym. Odwołujący twierdzi, iż Konsorcjum zaoferowało cenę niską w części 2 i przeniosło koszty do części 1, a także, iż rzekomo przeniosło część straty z części 2 do pierwszej.

Twierdzenia Odwołującego są błędne z następujących powodów:

- po pierwsze Przystępujący nie poniósł żadnej straty w części 2, skalkulował wycenę ofertową w części 2 z zyskiem. Dlatego też nigdzie żadnych strat nie będzie przenosił, bo ich po prostu nie będzie.

- ponadto jak wskazuje sam Odwołujący są to odrębne części zamówienia i cyt:

„kształtowanie cen przez Wykonawców musi odnosić się wyłącznie do danej części zamówienia, na którą składana jest oferta.", a zatem skoro są to odrębne części zamówienia to w jaki sposób Przystępujący miałby ograniczyć dostęp do rynku innym podmiotom? - Odwołujący wskazuje także, iż cyt: „ Oferując cenę zaniżoną, uzyska bowiem wyższą cenę

w cenowym kryterium oceny ofert i uzyska zamówienie w wyniku nieuczciwych praktyk.".

Tymczasem przecież Przystępujący zaoferował w części 1 cenę jak twierdzi Odwołujący, która miałaby pokryć straty z jego zdaniem zaniżonej części 2.

Cała logika Odwołującego zupełnie kolokwialnie rzecz ujmując „nie trzyma się kupy", bowiem zarówno na część 1 i 2 oferty mógł złożyć każdy wykonawca. Nawet jakby Przystępujący miał taki zamiar jaki wskazuje Odwołujący, to jaką miałby mieć pewność, że jego oferta zostanie wybrana w części 1?

- W opinii Przystępującego żaden normalnie myślący wykonawca nie pozwoliłby sobie na to, żeby składać ofertę zaniżoną na jednej części i ryzykować, że uda mu się wygrać postępowanie z zawyżoną ofertą.

- Mimo, iż Odwołujący próbuje swoją argumentację budować na ograniczeniu dostępu do rynku innym wykonawcom z uwagi na to, że Odwołujący złożył dwie oferty to nie jest w stanie tego w odwołaniu nawet logicznie argumentować.

- na str. 33 swojego odwołania Odwołujący znów buduje swoje wnioski w oparciu o kilka pozycji, które są niższe w postępowaniu z 2020 roku, czy też niższe w części 2 zamówienia, podczas gdy jak zostało wykazane powyżej ceny jednostkowe celowo „wyjęte" z danego postępowania (2020 rok) w ogóle nie mają znaczenia patrząc na całość realizacji zamówienia.

- ponadto co najważniejsze -błąd Odwołującego polega na tym, że nie rozumie on zjawiska manipulowania ceną. Owszem, manipulowanie ceną jest zjawiskiem negatywnym, czynem nieuczciwej konkurencji, ale tylko wtedy gdy dokonuje się w danym postępowaniu.
W analizowanym stanie faktycznym mamy do czynienia z 2 odrębnymi częściami, które nie mają na siebie wpływu, stąd zjawisko manipulowania cen po prostu tu nie wystąpi. Manipulowanie ceną może odbywać się w jednym postępowaniu, kiedy np. wykonawca zawyży pozycje wykonywane wcześniej, a zaniży wykonywane później, co pozwala mu wcześniej uzyskać pieniądze. Czy też gdy wykonawca przerzuci koszty pomiędzy poszczególnymi elementami cenotwórczymi ale w ramach tego samego postępowania, a nie w ramach dwóch rożnych postępowań.

- odnosząc się do powołanych przez Odwołującego wyroków to żaden z nich nie potwierdza tezy stawianej przez Odwołującego, a mianowicie: KIO 1755/20 - dotyczy przeniesienia kosztów z zamówienia opcjonalnego do podstawowego, a zatem mamy do czynienia z tym samym postępowaniem (a nie dwoma różnymi); KND/17/15 - kontrola dotyczyła tego samego postępowania, a nie znów 2 różnych jak w analizowanym przypadku.

Reasumując wskazał, że wbrew spiskowej teorii Odwołującego rozwiązanie tej zagadki jest bardzo proste. A mianowicie Przystępujący po prostu jest doskonale zorientowany w przedmiocie zamówienia, gdyż realizował go przez okres prawie dwóch lat.

Po pierwsze w części pierwszej jest wiele obiektów, które są od siebie oddalone, co powoduje, że trzeba przyjąć większą ilość kilometrów, większe koszty paliwa oraz większe

koszty świadczenia usług (praca ludzka). Po drugie większość obiektów z części 1 zamówienia są to obiekty w gorszym stanie, niż obiekty w 2 części zamówienia, siłą rzeczy wymagają więc większego nakładu materiałów i prac. Gdyby Odwołujący dokonał szczegółowej wizji lokalnej również posiadałby taką wiedzę. Ponadto, co zostało wskazane w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny znajomość przedmiotu zamówienia wynikająca z obserwacji i działań na obiektach z zakresu 2 części zamówienia pozwoliła na zredukowanie ceny.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, w tym w szczególności postanowień SWZ, oferty Przystępującego, wezwania do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej z 23.03.2022 r., wyjaśnień ceny rażąco niskiej z 31.03.2022 r. (tajemnica przedsiębiorstwa) wraz z uzasadnieniem zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, załącznikami do wyjaśnień od 1 do 13 (stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa), od 14-21 (jawne, Zał. 14 Zaświadczenie o niezaleganiu w ZUS firmy Oberon; Zał. 15 Zaświadczenie o niezaleganiu w ZUS firmy Pagre, Zał. 16 Wyliczenie minimalnej stawki godzinowej w 2022 roku, Zał. 17 Umowa na utrzymanie przepompowni w Dz. Ursynów, Zał. 18 Umowa na konserwację fontanny w Dz. Ursynów, Zał. 19 Umowa na konserwację fontann Łódź Widzew, Zał. 20 Umowa na konserwację fontann Łódź Górna i Zał. 21 Referencje za konserwację fontann w Łodzi) oraz informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w cz. 2 z 26.04.2022 r.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego na okoliczności w nim wskazane:

1. Kosztorys z dnia 25.03.2022 r.;

2. Umowa z dnia 29.05.2020 r. (nr: ZZW/B/III/3/3/U4/20/DRW/PN) wraz z ofertą oraz kosztorysem;

3. Umowa z dnia 30.03.2021 r. (nr ZZW/B/III/3/3/U-14/DAG/WR) oraz faktury za realizację zamówienia;

6. Wydruki ze stron internetowych (6 szt.).

Dodatkowo, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożoną na rozprawie przez Odwołującego:

1) Wydruki korespondencji e-mailowej między Zamawiającym a Odwołującym w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej z 26.04.2022 r. oraz wniosku

o przekazanie protokołu i innych dokumentów postepowania wraz z odpowiedzią Zamawiającego z 28.04.2022 r. na okoliczność ich treści i celowości działania Przystępującego, który miał dotychczas monopol na rynku związanym z naprawą i konserwacją pomp, fontann;

2) Formularz ofertowy jednego z członków konsorcjum Przystępującego z 06.04.2022 r.

w postepowaniu na wykonanie prac związanych z konserwacja trzech fontann, trzech sieci zraszających, czterech pomp zdrojowych, jednego hydrantu oraz instalacji wodno-kanalizacyjnych będących w administrowaniu Zarządu Terenów Publicznych na terenie dzielnicy Śródmieście w Warszawie, kopii umowy 200/18/NZ/GN/PS z 06.12.2021 r. między Konsorcjum Przystępującego z Zamawiającym, kopii umowy 26/20/NZ/GN/PS z 23.03.2020 r. między Konsorcjum Przystępującego

z Zamawiającym na okoliczność ich treści i tego, że jego dowody, w odróżnieniu od dowodów załączonych do wyjaśnień, są bardziej wiarygodne, gdyż wskazują konkretne wartości;

3) Korespondencja w zakresie przedmiotowego postepowania kierowana do

Zamawiającego przez Odwołującego w zakresie czynu nieuczciwej konkurencji na okoliczność jego treści na okoliczność ich treści i celowości działania Przystępującego, który miał dotychczas monopol na rynku związanym z naprawą i konserwacją pomp, fontann;

4) Tabela wyliczenie kosztów pracy na podstawie stawki wskazanej przez Przystępującego na okoliczność jego treści i strat jakie poniósł;

5) Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 15.05.2020 r. w postepowaniu

22/PN/2020, lista ogłoszeń i wydruk z postępowań archiwalnych z całego kraju od

roku 2015 w przedmiotowej branży, informacji z otwarcia ofert na wykonanie prac związanych z konserwacja trzech fontann, trzech sieci zraszających, czterech pomp zdrojowych, jednego hydrantu oraz instalacji wodno-kanalizacyjnych będących w administrowaniu Zarządu Terenów Publicznych na terenie dzielnicy Śródmieście w Warszawie, czy też informacji z otwarcia ofert na utrzymanie oraz nadzór nad prawidłowym funkcjonowaniem urządzeń technicznych czterech fontann zlokalizowanych na terenie Dzielnicy Wilanów /11/WOŚ/2022 na okoliczność ich treści i celowości działania Przystępującego, który miał dotychczas monopol na rynku związanym z naprawą i konserwacją pomp, fontann;

6) Dokumentację od ogłoszenia do unieważnienia postępowania Zamawiającego nr

132/PN/2021 na okoliczność ich treści i celowości działania Przystępującego, który miał dotychczas monopol na rynku związanym z naprawą i konserwacją pomp, fontann;

7) Wyciąg z komentarza p. W. Dzierżanowskiego do art. 226 na okoliczność jego treści i celowości działania Przystępującego, który miał dotychczas monopol na rynku związanym z naprawą i konserwacją pomp, fontann.

Nadto, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Przystępującego:

• Przedstawia dokumentację zdjęciową (dwa zdjęcia - ich wydruki) z wizji lokalnej, w zakresie części 1 na okoliczność tego, że są to obiekty, które wymagają daleko idących nakładów i modernizacji.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowisko wynikające z odwołania, odpowiedzi na odwołanie, jak i pisma procesowego Przystępującego, oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionego w treści odwołania zarzutu, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:

1) art. 18 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk (t.j. Dz. U. z 2020, poz.1913); w zw. z art.

74 ust. 2 Pzp — polegające na zaniechaniu odtajnienia odpowiedzi Konsorcjum OBERON, na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 23.03.2022 r. (nr pisma: ZZW-DZP.260.83.2022.MWl), zastrzeżonej tajemnica przedsiębiorstwa pomimo tego, że:

a) informacje zawarte w złożonych dokumentach nie są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub stanowiącymi wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, tj nie spełniają przesłanek uznania je za tajemnicę przedsiębiorstwa,

b) Wykonawca Konsorcjum Oberon nie wykazał zaistnienia przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk,

c) Wykonawca konsorcjum Oberon nie złożył dowodów na potwierdzenie zaistnienia przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk;

2) art. 18 ust. 1-3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 uznk; w zw. z art. 74 ust. 2 Pzp — polegające na nieudostępnieniu Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na wniosek Odwołującego w odpowiedzi z 28.04.2022 r. (nr pisma: ZZW.DZP.260.149.2022.MWI (2)), pomimo niezastrzeżenia przez Konsorcjum OBERON treści uzasadnienia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa;

3) art. 18 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk; w zw. z art. 74 ust. 2 Pzp — polegające na nieudostępnieniu Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na wniosek Odwołującego w odpowiedzi z 28.04.2022 r. (nr pisma: ZZW.DZP.260.149.2022.MWI (2)), pomimo tego, że

a) informacje zawarte w złożonych dokumentach nie są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub stanowiącymi wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, tj nie spełniają przesłanek uznania je za tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. nie spełniają przesłanek uznania je za tajemnicę przedsiębiorstwa,

b) Wykonawca Konsorcjum Oberon nie wykazał zaistnienia przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk,

c) Wykonawca konsorcjum Oberon nie złożył dowodów na potwierdzenie zaistnienia przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk;

4) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum OBERON pomimo tego, że zawiera rażąco niską cenę

5) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum OBERON pomimo tego, że Wykonawca Konsorcjum OBERON przedstawił wyjaśnienia, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, jak również nie przedstawił dowodów na potwierdzenie tez stawianych w wyjaśnieniach, nie odniósł się do wszystkich elementów składowych ceny, o które pytał Zamawiający, jak również nie uzasadnił zaoferowanych cen we wszystkich pozycjach formularza cenowego a tym samym oferta powinna zostać uznana za zawierającą cenę rażąco niską,

6) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum OBERON z uwagi na to, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, oraz odpowiedzi na odwołanie, jak i pisma procesowego Przystępującego.

Jednocześnie należy podkreślić, że Zamawiający uwzględnił zarzut trzeci, a Przystępujący nie złożył w tym zakresie sprzeciwu na posiedzeniu. W ramach odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że: „(...) omyłkowo nie doręczył Odwołującemu załączników nr 14 - 21 do wyjaśnień Przystępującego w sprawie rażąco niskiej ceny z dnia 31.03.2022 r. nie zastrzeżonych przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa (...)". W konsekwencji stwierdził, że przekazuje niniejsze załączniki Odwołującemu wraz odpowiedzią na odwołanie. Dodatkowo stwierdził, iż: „(.)przekazanie tychże załączników nie może stanowić uwzględnienia zarzutu nr 1 odwołania, albowiem zarzut ten dotyczy zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego odpowiedzi Przystępującego na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 23.03.2022 r. zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorca. Tymczasem załączniki nr 14-21 nie były nigdy zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, w związku z czym nie zachodzi potrzeba ich odtajnienia przez Zamawiającego. (.)". Nadto, Zamawiający przekazał Odwołującemu ponownie zał. nr 18, 19, 20 21 z uwagi na oświadczenie Odwołującego, iż: „(..) nie otrzymał wraz z odpowiedzią na odwołanie zał. nr 19, 20, 21, zaś zał. nr 18 został przekazany w takiej formie, która uniemożliwiła zapoznanie się z jego treścią. (.)".

Dodatkowo na posiedzeniu Odwołujący oświadczył, że wycofuje zarzut drugi.
W konsekwencji Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu drugiego oraz trzeciego.

Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach rozpatrywanych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu pierwszego, Izba uznała, że niniejszy zarzut podlega oddaleniu.

Po pierwsze Izba podkreśla, za orzecznictwem, że zasadność uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny znajduje potwierdzenie w utrwalonym na przestrzeni lat orzecznictwo KIO. Po drugie, w ocenie Izby

zmiany przesłanek przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jego aktualne brzmienie, tj. art. 11 ust. 2 UZNK, w szczególności w kontekście przywołanego na rozprawie fragmentu przez Odwołującego: „(...) które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzaje informacji (....)" względem przywołanego w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa: „(...) nieujawnione do wiadomości publicznej (...)" nie jest na tyle istotną kwestią, w tym stanie faktycznym, która powinna „z góry" deprecjonować skuteczność samego uzasadnienia, a co za tym idzie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny rażąco niskiej. Po trzecie, w ocenie Izby, Przystępujący wykazał spełnienie wszystkich przesłanek z art.11 ust. 2 UZNK i jasno określił, które informacje i załączniki stanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa. Nadto, mimo, że Izba podziela stanowisko Odwołującego, że Zamawiający nie powinien zastępować Przystępującego w zakresie uzasadniania tajemnicy przedsiębiorstwa i skupić się na samej ocenie treści uzasadnienia, to taka ocena nie powinna mieć charakteru mechanicznego i nie może abstrahować od tego, czy mamy do czynienia z informacjami, które mogą mieć taki charakter. Jednocześnie, Izba podkreśla, że w tym stanie faktycznym samo uzasadnienie oraz wyjaśnienia ceny rażąco niskiej mają swoisty komplementarny charakter, czyniąc jasnym przekaz uzasadnienia zastrzeżenia i udzielając odpowiedzi na wątpliwości wyrażone na rozprawie przez Odwołującego. Nie można zaprzeczyć, że po zapoznaniu się z tymi oboma dokumentami wszystko staje się klarowne. Izba, nadto, nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że ten sposób wyliczenia jest związany z tym konkretnym postępowaniem i nie będzie mógł mieć zastosowania w przyszłości, a przynajmniej nie będzie miał zastosowania 1 do 1. Należy stwierdzić, że to założenie Odwołującego jest wysoce nieostre i abstrakcyjne, gdyż prawdopodobieństwo zaistnienia określonych okoliczności dotyczących części 2, jest zdaniem Izby możliwe tak u obecnego Zamawiającego, jak i innych, a wiedza w tym zakresie, tj. sposób działania i założeń przyjętych przez Przystępujących może być powielona przez konkurencję. Jednocześnie, informacje zastrzeżone nie są ogólnie znane, potwierdza to brak adekwatności wyliczeń Odwołującego w ramach załącznika nr 1 do odwołania do zastrzeżonych przez Przystępującego dowodów załączonych na poparcie jego wyliczenia. Względem dóbr osobistych pracowników, to mimo, że są one chronione na podstawie odrębnych przepisów, to objecie tajemnica przedsiębiorstwa danych newralgicznych jest powszechnie stosowane w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Względem kwestii spełnienie trzeciej przesłanki. Niewątpliwie stosowny fragment uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazuje na podjęcie działań w tym zakresie. Na potwierdzenie wymiernych kroków wskazał Zamawiający jako uwiarygodniające złożone w tym zakresie oświadczenie, dołączony dowód w postaci oświadczenia w jednej z umów o prace z pracownikiem zewnętrznym dołączonej jako dowód do wyjaśnień. Izba wskazała także, że wzięła pod uwagę w przedmiotowej sprawie, okoliczność podkreśloną na rozprawie przez Przystępującego, że Przystępujący składa się z podmiotów powiązanych rodzinnie, od których nie można wymagać, aby miały oddzielną politykę zachowania poufności, gdyż jest ona zachowana na zasadach rodzinnych. Wynika więc, z powyższego różnica, co do pracowników zewnętrznych i tych, wśród których jest zachowana poufność na zasadach rodzinnych. Względem kwestii zastrzegania poufności w ofertach poszczególnych dostawców. To naturalnie, taka jednoznaczna klauzula jest silną podstawą do nieujawniania jej treści. Przy czym, jej brak nie oznacza zawsze, że dostawca zgadzał się na ujawnienie jej treści. Wykonawca w takiej sytuacji, musi podjąć trudny wybór, czy ujawnić taką ofertę i narazić się na ewentualne ryzyko roszczenia odszkodowawczego, czy też uznać, że nie może ujawnić jej treści. W ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, biorąc pod uwagę całokształt sprawy, należy uznać, że brak jest podstaw do odtajnienia w całości treści wyjaśnień i zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa załączników od 1 do 13.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu czwartego i piątego, Izba uznała, że niniejsze zarzuty za podlegające oddaleniu.

W pierwszej kolejności, Izba podkreśla, że wyjaśnienia przedstawione przez Przystępującego stanowią bardzo szczegółową i wnikliwą odpowiedź na wezwanie Zamawiającego i zostały poparte licznymi dowodami. Po drugie, Izba z uwagi na podtrzymaną tajemnice przedsiębiorstwa (mimo upublicznienia, w pismach procesowych i na rozprawie pewnych informacji) zmuszona jest przedstawić swoje uzasadnienie w tym zakresie, z uwzględnieniem tej okoliczności. Niewątpliwie co wymaga podkreślania mamy tutaj do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym obejmującym poz. 53 i 54 (zaskarżone w odwołaniu) oraz kosztorysowe poz. 2-6, 9-10, 16-19, 27, 37, 46 (zaskarżone w odwołaniu /tabela nr 1/). Przystępujący w zakresie pozycji ryczałtowych poparł swoją wycenę dowodami (jak wskazał na rozprawie), tj. umowami (które miały charakter jawny), zaś pozycje kosztorysowe (w tym zakwestionowane) ofertami dostawców załączonymi do wyjaśnień (złożonymi przed terminem składania ofert) z wyjątkiem załącznika nr 11 powołującego się na wcześniejsze ustalenia (jak stwierdził na rozprawie Zamawiający).

Izba uczyniła zadość wnioskowi Odwołującego z rozprawy i zweryfikowała pozytywnie podane w odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego poszczególne pozycje w dowodach wskazane w tej odpowiedzi (str. 8). Podkreśla też że weryfikacja pozytywna obejmuje także ocenę czy wyceniono tylko materiały, czy też materiały z usługą /co czyni niewiarygodną tabele nr 3 z odwołania/. Należy przy tym podkreślić że Przystępujący tak w wynagrodzeniu ryczałtowym, jak i kosztorysowym ujął wszystkie czynniki kosztotwórcze podane przez Odwołującego w odwołaniu. Wymaga, w tym miejscu podkreślenia że Przystępujący przyjął stawkę za 1 km z uwzględnieniem wszelkich kosztów w tym kosztów paliwa nawet wyższych niż w dniu ogłaszania orzeczenia (tak przy pozycjach kosztorysowych, jak i ryczałtowych - str. 8, 9 - 10 wyjaśnień). Należy także zauważyć, że okolicznością istotną z punktu widzenia wyceny, że ilość roboczogodzin w części 2 nie była ustalona przez Zamawiającego, z tych względów wszelkie dowody na przykład załącznik nr 1 do odwołania, jak i tabela nr 2 w odwołaniu, czy na rozprawie tabela - dowód nr 4 są obarczone błędem z tego wynikającym i brakiem adekwatności z tego wynikającym względem założeń do wyceny przyjętych przez Przystępującego. Należy także zauważyć że, w ocenie Zamawiającego, Przystępujący wykazał czym się kierował i jakie miał podstawy do przyjęcia takich a nie innych roboczogodzin, wskazując chociażby na rozprawie, na doświadczenie jakie nabył Przystępujący we wcześniej realizowanych postępowaniach, co daje mu przewagę. W tym też tekście Izba przywołuje stanowisko Przystępującego z rozprawy, który stwierdził podczas jej trwania, że ma aktualną wiedzę na temat stanu technicznego obiektów objętych cz. 2 (niniejsze ma swoje szczegółowe przełożenie w złożonych wyjaśnieniach, chociażby str. 1, akapit drugi, czy też str. 2 od wersu drugiego do piątego, czy też str. 4 akapit drugi).

W konsekwencji sposób kalkulacji tak ryczałtowych, jak i jednostkowych cen stanowi know-how Przystępującego i nie składa się na niego jedynie koszty pracy i zamówionych materiałów. W kontekście samych materiałów należy podkreślić nieadekwatność dowodów, tj. wydruków ze stron internetowych (załącznik nr 6 do odwołania, jak i tabeli nr 6 odwołania, przedstawionych przez Odwołującego do dowodów od dostawców Przystępującego (zał. nr 7 do 13 (jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie).

Izba także potwierdza, wskazanie z odpowiedzi na odwołanie, co do kosztów wynagrodzenia pracowników (ze str. 7 odpowiedzi na odwołanie) i wskazane tam elementy wyjaśnień (str. 2 i 3) oraz przywołany zał. nr 16. Podobnie następny fragmentu z odpowiedzi na odwołanie (str. 7 - 8) oraz przywołane tam okoliczności i elementy z wyjaśnień (str. 4, zał. nr 1 do 6). Jak wskazał Zamawiając na rozprawie Przystępujący oprócz umowy o pracę złożył aneksy do niej oraz listę płac swoich pracowników. Dodatkowo, w ocenie Izby, tak Zamawiając, jak i Przystępujący w sposób wiarygodny przedstawili istotną różnicę między cz. 1 i 2, z tych względów tabela nr 4 i 5 w odwołaniu nie może być podstawą do takich wniosków jakie zawarł w swoim odwołaniu Odwołujący, jak i dowód nr 2 i 3 załączone do odwołania, istnieje bowiem różnica, chociażby umiejscowienie bliżej siebie obiektów w cz. 2 niż cz. 1, czy też konieczność poniesienia daleko idących nakładów i modernizacji obiektów w cz. 1 (dowód zdjęcie Przystępującego z wizji lokalnej złożony na rozprawie), cz. 2 z kolei to wcześniejsze zmodernizowanie i doprowadzenie do stanu używalności. Co prawda Odwołujący przeczył zmodernizowaniu i naprawie w cz. 2, jednakże Izba uznała w tym zakresie wyższość stanowisko Przystępującego (jako dotychczasowego Wykonawcy realizującego wcześniejsze umowy), jak i Zamawiającego jako inwestora.

Izba także zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, że brak adekwatności zał. nr 1 do odwołania względem wyceny Przystępującego wynika także z tego, że wyliczenie to jest oparte na kosztach uśrednionych a nie minimalnych, okoliczności że kosztorys został sporządzony przez kosztorysanta jest bez znaczenia wobec odmiennych założeń Przystępującego na co Izba wskazywała we wcześniejszej części uzasadnienia.

Izba także wskazuję, że mechaniczne porównywanie postępowań prowadzonych

u obecnego Zamawiającego, do aktualnego, jest ryzykowne, zważywszy na okoliczności przywołane wcześniej, jak i zmian wprowadzonych, chociażby na wniosek Odwołującego (co wykazał dowodami nr 6 z rozprawy, a czego nie ukrywał Zamawiający na rozprawie). W tym kontekście, wymaga też przywołania stanowisko Przystępującego z rozprawy, negującego wyższość dowodu nr 2 Odwołującego z rozprawy nad umowami załączonymi przez Przystępującego do wyjaśnień, gdzie wskazywał, że właśnie doświadczenie przy realizacji w rok 2018 i 2020 pozwoliło mu na zmniejszenie cen jednostkowych w tym postępowaniu, przy czym wskazywał też że przy wyjaśnieniu ceny rażąco niskiej, umowy z poprzednich postępowań zostały złożone co do ryczałtu poz. 53 i 54. Izba także potwierdza okoliczność przywołaną w odpowiedzi na odwołanie (str. 9 akapit 3 i 4). Przystępujący przewidział i ujął zysk i ryzyka (str. 9-11 wyjaśnień). Uwzględnił też inne koszty (str. 9 trzeci akapit, str. 10 drugi akapit). Kwestia wyceny, czy też różnic, skrzynka hydrantowa, czy zasuwa, nie zmienia stanowiska Izby, w tym zakresie, tym bardziej z uwagi na wizje lokalną Przystępującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu szóstego, Izba uznała, że niniejszy zarzut za podlegający oddaleniu.

Brak jest jakichkolwiek podstaw do potwierdzenia założenia Odwołującego, że Przystępujący przerzucił koszty z cz. 2 do cz. 1. Przystępując wyjaśnił na rozprawie okoliczności i powody istniejących różnic w wycenie u niego w cz. 1 i 2 wskazując na istniejące różnice, tak w przedmiocie zamówienia, jak i w stopniu koniecznych nakładów które należy ponieść oraz przewagę konkurencyjną która z tego wynika po jego stronie. Izba także podnosi że rys historyczny oraz dowody z innych postępowań (generalnie dowody 1, 3 5, 6 i 7) świadczą jedynie o tym że dzięki działaniu Odwołującego nastąpiło otwarcie zamówienia, tj. postępowania w przedmiotowym zakresie na rynek poprzez podzielenia zamówienia na dwie części. Niniejsze dowody są mało przydatne do oceny zaistnienia podstawy czynu nieuczciwej konkurencji tym bardziej iż Odwołujący w żaden sposób nie wykazał iż mieliśmy do czynienia z przedstawieniem cen ryczałtowych i jednostkowych poniżej rzeczywistych kosztów zamówienia.

Nadto, dwie ostatnie strony dowodu nr 5 (złożonego na rozprawie przez Odwołującego) świadczy o tym, że w postępowaniu na przedmiotowym rynku jest konkurencja i nie ma generalnego monopolu Przystępującego, jak przedstawiał to Odwołujący na rozprawie. Przy czym, co wymaga podkreślenia, Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że na obie części zamówienia mógł złożyć ofertę tylko Przystępujący, choć zarzut tego rodzaju nie było w odwołaniu. Jeśli Odwołujący uznawał warunek udziału w postępowaniu za nadmierny winienie go kwestionować, obecnie jest to spóźnione na tym etapie postępowania, abstrahując, że nie był takiego zarzutu w samym odwołaniu. Izba nie będzie z tej przyczyny pogłębiała stanowiska w tym zakresie, chociażby o argumentację Przystępującego z rozprawy.

Podkreślenia wymaga, że Odwołujący zarzucił manipulację cenami między cz. 1, a cz. 2. W tym kontekście, w żaden sposób takiej manipulacji nie udowodnił, a Przystępujący w sposób wiarygodny wyjaśnił podłoże i przyczyny istniejących różnić, co było szczegółowo wskazane w zakresie zarzutu czwartego i piątego.

W konsekwencji, kwestia, czy manipulacja może mieć miejsce tylko w tym samym postępowaniu, a przy odrębnych częściach tego samego postepowania nie może zaistnieć jest irrelewantne, bo i tak wszelka argumentacja (tabela nr 6 z odwołania) została zniwelowana wiarygodną argumentacją przeciwną opartą o wiedze inwestora i niezaprzeczalne okoliczności ze strony Przystępującego, jak i dowody złożone na rozprawie przez Przystępującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono z uwzględnieniem przywołanych poniżej przepisów, w tym także w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego poniżej. Jednocześnie, obciążając kosztami Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U.

z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....