sygn. akt: KIO 2718/22

WYROK

z dnia 28 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2022 r. przez wykonawcę „Zielony Świat" J. J. z siedzibą w Budykierz 6A; 07-308 Poręba, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa, pl. Bankowy 3/5; 00-950 Warszawa w ramach którego działa Zarząd Zieleni m.st. Warszawy, ul. Hoża 13 a; 00-528 Warszawa,

przy udziale wykonawcy W. F. Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze, Kacice

44; 06-100 Pułtusk, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę „Zielony Świat" J. J. z siedzibą w

   Budykierz 6A; 07-308 Poręba i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę „Zielony Świat" J. J. z siedzibą w Budykierz 6A; 07-308 Poręba, tytułem wpisu od odwołania,

   2.2. zasądza od wykonawcy „Zielony Świat" J. J. z siedzibą w Budykierz 6A; 07-308 Poręba na rzecz zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa, pl. Bankowy 3/5; 00-950 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 wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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 2718/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Zarząd Zieleni m.st. Warszawy, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Całoroczna pielęgnacja zieleni niskiej oraz konserwacja małej architektury w pasach drogowych w obszarze m.st. Warszawy 2023-2024 r. - w zakresie Części nr 2 - Bielany".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej z dnia 11 lipca 2022 r., pod nr 2022/S 131-373729.

Dnia 4 października 2022 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 14 października 2022 roku, wykonawca „Zielony Świat" J. J. (dalej „Odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty w zakresie Części nr 2 - Bielany wykonawcy W. F.

Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze (dalej jako „W. F."),

2. zaniechaniu ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych wyjaśnień ceny wraz z załącznikami wykonawcy W. F.,

ewentualnie

zaniechaniu odrzucenia oferty W. F. z powodu rażąco niskiej ceny istotnych elementów składowych ceny w zakresie objętym treścią wezwania do wyjaśnień ceny tj. w związku

z pozycjami Kosztorysu: 2.1.B., 3.3., 3.4,

3. zaniechaniu wezwania do wyjaśnień ceny także w odniesieniu do poz. 2.2 Kosztorysu

„Koszenie łąk kwietnych i naturalnych",

4. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy W. F., pomimo że została złożona

w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. naruszenie art. 18 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy p.z.p., art. 74 ust.1 p.z.p. w zw. z art. 11

ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez błędną ocenę skuteczności zastrzeżenia przez W. F. jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości wyjaśnień złożonych w trybie przepisu art. 224 ust 1 ustawy Pzp, a co za tym idzie nieuzasadnionym utajnieniu tych dokumentów przez Zamawiającego i w konsekwencji zaniechanie ujawnienia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, gdy wykonawca ten nie udowodnił przesłanek przemawiających za prawidłowym utajnieniem tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa - co ma wpływ na wynik postępowania i konieczność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty W. F. w sytuacji, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę, w związku z pozycjami objętymi wezwaniem Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień ceny, a wykonawca wezwany do udzielenia wyjaśnień ceny nie był w stanie wykazać, że jest inaczej,

3. naruszenie art. 224 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp - poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy W. F. do udzielenia wyjaśnień istotnych elementów składowych ceny w zakresie poz. 2.2 Kosztorysu „Koszenie łąk kwietnych i naturalnych", pomimo, że wycena ma charakter rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi zasadnicze wątpliwości co do możliwości wykonania za nią przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia i obowiązującymi przepisami,

4. naruszenie art. 226 ust 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 3 ust 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty

W. F., pomimo że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na manipulowaniu cenami istotnych elementów zamówienia, w oderwaniu od wartości tych świadczeń na szkodę zamawiającego i pozostałych wykonawców.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o: merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem, a także o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,

2. odtajnienie wyjaśnień ceny W. F. wraz załącznikami,
ewentualnie

odrzucenie oferty W. F. na podstawie art. 226 ust 1 pkt pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zakresie pozycji kosztorysu objętych złożonymi wyjaśnieniami ceny,

3. wezwanie do udzielenia wyjaśnień w zakresie poz. 2.2 Kosztorysu „Koszenie łąk kwietnych i naturalnych”,

4. odrzucenie oferty W. F. w związku z faktem, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że oferta odwołującego została uplasowana na 2 pozycji rankingowej w objętej odwołaniem części 2. Mając na względzie powyższe, uwzględnienie odwołania skutkuje bezpośrednio na wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. W konsekwencji nie budzi wątpliwości, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym postępowaniu doznał uszczerbku a tym samym odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z zamawiającym.

Odwołujący wskazał, co następuje.

Zarzut nr 1 (TP).

Wykonawca W. F. wraz ze złożonymi wyjaśnieniami ceny złożył uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, na podstawie którego zamawiający uznał, że wyjaśnienia ceny

w całości zasługują na utajnienie i odmówił odwołującemu możliwości zapoznania się z ich treścią. Złożone przez wykonawcę W. F. zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa

w świetle obowiązujących przepisów Pzp oraz orzecznictwa Izby nie można uznać za

skuteczne.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Aby więc zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa było skuteczne, muszą zostać spełnione przesłanki określone w wyżej przytoczonym przepisie, a więc: po pierwsze, informacja musi stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, po drugie wykonawca musi zastrzec, że informacje te nie mogą być udostępnione i po trzecie, wykonawca musi wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze treść art. 18 ust. 3 Ustawy Pzp, to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co oznacza, że muszą spełniać kryteria określone w art. 11 ust. 2 Ustawy o z n k., tj. musi to być informacja: o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, która 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 - co do której podjęto działania mające na celu zachowania tej informacji w poufności.

Wymagania zamawiającego co do sposobu realizacji usługi zostały szczegółowo opisane w SWZ, co oznacza, że wykonawca w tym zakresie nie ma żadnej dowolności, która pozwalałaby na obniżenie kosztów realizacji usługi przy jednoczesnym założeniu, że usługa ta będzie wykonywana zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu muszą przede wszystkim dostosować ofertę, do wymagań zamawiającego, co będzie miało wpływ na jej cenę- z tego względu nie można więc uznać w okolicznościach niniejszej sprawy sposobu realizacji zamówienia jak i kalkulacji ceny jako informacji

o charakterze organizacyjnym. Ponadto zamawiający wymaga zatrudnienia pracowników na podstawie umów o pracę. Koszty pracy pracownika są uregulowane w przepisach powszechnie obowiązujących, a więc informacje te są powszechnie dostępne dla osób zajmujących się tego rodzajem informacji. Przyjęcie więc przez zamawiającego jako tajemnicy przedsiębiorstwa kalkulacji kosztów pracowników, które określa się w oparciu o przepisy powszechnie obowiązujące już z tego względu jest niedopuszczalne. Aby uznać daną informację jako tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca powinien skutecznie wykazać oraz udowodnić, że podjął działania mające na celu utrzymaniu tej informacji w poufności. Wymóg ten jest skorelowany z treścią art. 18 ust. 3 Pzp. Odwołujący zwraca uwagę na sposób zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę W. F., a w szczególności na uzasadnienie przedmiotowego zastrzeżenia, które w ocenie odwołującego jest całkowicie gołosłowne, sztampowe i niedotyczące przedmiotowego postępowania i składanych wyjaśnień/dowodów. Zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania wymagający ścisłej interpretacji. Bezzasadność dokonanego zastrzeżenia, złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia albo niezłożenie dowodów potwierdzających podjęcie przez wykonawcę środków zmierzających do zachowania informacji w poufności musi skutkować odtajnieniem zastrzeganych informacji. Zamawiający powinien dokładanie przeanalizować skuteczność zastrzeżenia oraz tego czy wykonawca wykazał w świetle art. 11 ust. 2 uznk zasadność utajnienia. Każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność informacji szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełniania przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. W sytuacji, gdy wykonawca w konkretny i weryfikowalny sposób nie wykazał spełniania przesłanek ochrony tajemnicy oraz nie przedstawił koniecznych dowodów - to zamawiający w trakcie oceny ofert powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub też Krajowa Izba Odwoławcza winna nakazać zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie. Złożone przez wykonawcę W. F. uzasadnienie powołuje argumenty na poziomie całkowitej ogólności i sprowadzają się one do złożenia oświadczenia oraz zapewnień, a nie konkretnego nawiązania, dlaczego informacje wymienione powyżej powinny być zastrzeżone. Złożone uzasadnienie tajemnicy w żaden sposób, poza tytułem postępowania, nie odnosi się do konkretnych objętych zastrzeżeniem informacji, jest całkowicie sztampowe, uniwersalne i mogłoby być złożone w dowolnym postępowaniu i dla dowolnych wyjaśnień i dowodów dla wyliczenia ceny w dodatku przez dowolnego wykonawcę. Uzasadnienie nie zawiera jakichkolwiek dowodów uzasadniających stosowaną ochronę udostępnianych dokumentów a także całkowicie pomija wartość gospodarczą składanych informacji. W ocenie odwołującego mając na względzie treść złożonego w postępowaniu uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa obowiązkiem zamawiającego jest udostępnienie treści wyjaśnień wraz z dowodami, celem umożliwienia wykonawcy zapoznania się z ich treścią. Dodatkowo zamawiający uznał, że skuteczność zastrzeżenia tajemnicy dotyczy całych dokumentów a tymczasem zgodnie z art. 18 ust. 3

Pzp przedmiotem ochrony mogą być co najwyżej konkretne informacje nie zaś całe dokumenty. Odwołujący wskazuje dodatkowo, że uzasadnienie tajemnicy dotyczy zgodnie z jego treścią następujących dokumentów: „Niniejszym oświadczam, że poniższe załączniki załączone do pisma tj.:

- szczegółowa kalkulacja kosztów;

- faktury;

- oferty spersonalizowane;

- umowa.”

Powyższe jest potwierdzone w końcowej części uzasadnienia zgodnie, z którym wykonawca składa:

Załączniki:

1. Szczegółowa kalkulacja kosztów - stanowi tajemnice przedsiębiorstwa

2. Faktury - stanowią tajemnice przedsiębiorstwa

3. Oferty cenowe - stanowią tajemnice przedsiębiorstwa

4. Umowa - stanowi tajemnice przedsiębiorstwa

Brak dostępu dla odwołującego do treści złożonych dokumentów nie pozwala na weryfikację złożonych dokumentów, jednak nie wynika z powyższego aby wykonawca W. F. w ogóle składał poza wymienionymi dokumentami dodatkowo jakiekolwiek, wymagane przez zamawiającego w treści wezwania, wyjaśnienia ceny a w przypadku gdyby jednak

takie wyjaśnienia ceny faktycznie były złożone to nie są one objęte zastrzeżeniem tajemnicy przez wykonawcę, co oznacza że obowiązkiem zamawiającego było ich ujawnienie jako niezastrzeżonych.

Reasumując, nie do przyjęcia jest więc, aby zamawiający uznał za skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa w oparciu o gołosłowne twierdzenia wykonawcy. Wykonawca nie wykazał bowiem, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji do czego był zobowiązany na podstawie art. 18 ust. 3 Ustawy Pzp. W konsekwencji zamawiający naruszył art. 18 ust. 2 Ustawy Pzp, zgodnie z którym ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem może nastąpić w przypadkach określonych w tylko w Ustawie. Nie można oprzeć się wrażeniu, że utajnienie wyjaśnień przez wykonawcę ma na celu uniemożliwić de facto jakąkolwiek weryfikację w przedmiocie merytorycznego zakwestionowania kalkulacji ceny zaproponowanej przez wybranego wykonawcę, a tym samym pod pretekstem tajemnicy przedsiębiorstwa ograniczenie konkurencyjnym przedsiębiorstwom dostępu do rynku usług ochrony. Taka metoda jest dość powszechnie stosowana na rynku zamówień publicznych co należy uznać za naganne i niedopuszczalne.

W ocenie odwołującego - w świetle powyższego działanie zmawiającego, należy uznać za nieprawidłowe a zarzut ten jest zatem w pełni uzasadniony.

Zarzut nr 2 (RNC-wyjaśnienia).

Zamawiający wezwał wykonawcę W. F. w dniu 8.09. br. do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny istotnych elementów składowych zamówienia na podstawie art. 224 ust 1 Pzp. Zgodnie z wezwaniem - w szczególności w zakresie Części nr 2 - Bielany:

„Wzywam do udzielenia wyjaśnień w zakresie ceny jednostkowych w kosztorysach 2023

r. oraz 2024 r. w: (...) w pozycjach:

- 2.1.B Koszenie trawników (krotność 3);

- 3.3 Pielęgnacja młodych nasadzeń (krzewów, bylin, cebul i pnączy) w okresie IV-IX (ryczałt);

- 3.4 Pielenie krzewów, bylin, żywopłotów i mis drzew Prosimy o uzupełnienie

załączonej tabeli dla 2023 oraz 2024 roku

w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty, w szczególności w

zakresie:

1. zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do

ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10

października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę

2. (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie - koszty

pracodawcy;

3. zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

4. zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, w tym dodatkowe koszty pracownicze takie jak:

- woda dla pracowników;

- ubrania dla pracowników;

- buty dla pracowników;

- kamizelki dla pracowników;

- rękawiczki dla pracowników

- sprzęt ręczny (kosy, haki, taczki, grabie, wykaszarki)

- dowóz pracowników do miejsca wykonywania pracy;

5. zgodności z przepisami dotyczącymi z zakresu ochrony środowiska;

6. wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy;

7. kosztów związanych z użytkowaniem sprzętu mechanicznego, w tym kosztu paliwa, eksploatacji używanego sprzętu, rocznych kosztów napraw, rocznego kosztu ubezpieczenia;

8. kosztów związanych z oddaniem do instalacji zebranych zanieczyszczeń komunalnych i ściętych porostów oraz powalonych drzew, konarów i gałęzi;

9. zysk".

W treści wezwania zamawiający podkreślił, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Jednocześnie przypominam, że zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Odwołującemu nie zostały udostępnione wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przedstawione przez wykonawcę W. F.. Powyższe uniemożliwia odwołującemu szczegółowe odniesienie się do wyjaśnień i dowodów jakie złożył wykonawca w ramach procedury wyjaśniającej cenę. W przypadku oddalenia przez Izbę zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia wyjaśnień ceny biorąc pod uwagę, że objęte wezwaniem zamawiającego istotne elementy składowe ceny w ofercie W. F. nie pokrywają kosztów realizacji prac, powyższe winno prowadzić do odrzucenia oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.

Wycena pozycji 2.1.B Koszenie trawników (krotność 3);

Jak wynika z szacunków zamawiającego ustalił on wartość tej pozycji na poziomie 2267

za 1/ha co przy podanej powierzchni skutkuje wyceną na poziomie 476 631 zł.

Wykonawca W. F. zaoferował realizację tych usług za kwotę 1200 zł za 1/ha co daje wartość dla 2023 r. - 252 241, 39 zł.

Wyceny jednostkowe pozostałych wykonawców to 1790, 1907, 2100 i 2500 zł.

W ocenie odwołującego wycena na poziomie 1200 zł za 1/ha jest wyceną całkowicie nierealną i nie pokrywającą kosztów jakie należy ponieść w celu jej wykonania. Posługując się w celu wykazania rażącego zaniżenia ceny kosztami elementów składowych tej usługi dla

1 ha:

- 2 tony urobku - 900 zł utylizacja

- 1 ha = 10L ON - kosiarka = 75,30 zł

- motokosa 5 L benzyna = 32,70 zł

- roboczogodziny: 25 zł (przyjmując wycenę W. F.)

- motokosa 10H,

- kosiarka diesel 5H,

- 5h osoba zamiatająca i grabiąca = 20x 25,32 zł = 506,40

+ amortyzacja sprzętu

Powyższe potwierdza, że wycena na poziomie jak w ofercie W. F. jest całkowicie nierealna, nierynkowa i nie obejmuje nawet kosztów koniecznych do jej wytworzenia. Najlepszym dowodem, że wycena nie jest nierealna i całkowicie nieracjonalna jest to, że wykonawca W. F. dla takich samych usług jakie mają być wykonywane w 2024 r. zamiast wyższych zastosował jeszcze niższe ceny. Zgodnie z kosztorysem ofertowym na rok 2024 dla poz. 2.1.B wycena to 1100 zł, podczas gdy na 2023 wynosi 1200 zł

Wycena pozycji 3.3 Pielęgnacja młodych nasadzeń (krzewów, bylin, cebul i pnączy)

w okresie IV-IX (ryczałt).

Jak wynika z szacunków zamawiającego ustalił on wartość tej pozycji na poziomie 73,98 zł za 1/ar co przy podanej krotności skutkuje wyceną na poziomie 82 565 zł (za rok 2023). Wykonawca W. F. zaoferował realizację tych usług za kwotę całkowicie nierealną - 4zł co powoduje wycenę pozycji na poziomie 4 464,20 zł (za rok 2023)

Wyceny pozostałych wykonawców to wartości 50, 90, 92, 99 zł.

W ocenie odwołującego wycena na poziomie 4 zł jest wyceną całkowicie nierealną i nie pokrywającą kosztów jakie należy ponieść w celu jej wykonania. Posługując się w celu wykazania rażącego zaniżenia ceny kosztami elementów składowych tej usługi:

- pół godziny pracownika - 12,66 zł
- kora sosnowa m3 120 zł 1m2 kora 5 cm = 0,05m3 = 6 zł
- utylizacja, transport urobku = 10 zł

Powyższe potwierdza, że wycena na poziomie jak w ofercie W. F. jest całkowicie nierealna, nierynkowa i nie obejmuje nawet kosztów koniecznych do jej wytworzenia.

Wycena pozycji 3.4 Pielenie krzewów, bylin, żywopłotów i mis drzew

Jak wynika z szacunków zamawiającego ustalił on wartość tej pozycji na poziomie 68,46 zł co przy podanej krotności skutkuje wyceną na poziomie 136 240,38 zł

Wykonawca W. F. zaoferował realizację tych usług za kwotę całkowicie nierealną - 2 zł, co powoduje wycenę pozycji na poziomie całkowicie symbolicznym 3 980,15 zł

Wyceny pozostałych wykonawców to wartości 55, 65, 88, 92 zł

W ocenie odwołującego wycena na poziomie 2 zł jest wyceną całkowicie nierealną i nie pokrywającą kosztów jakie należy ponieść w celu jej wykonania. Posługując się w celu wykazania rażącego zaniżenia ceny kosztami elementów składowych tej usługi:

- 10 zł urobek
- roboczogodziny - 12,66 zł

Powyższe potwierdza, że wycena na poziomie jak w ofercie W. F. jest całkowicie nierealna, nierynkowa i nie obejmuje nawet kosztów koniecznych do jej wytworzenia.

Podkreślenia wymaga, że w przypadku wskazanych pozycji są to pozycje rozliczeniowe i mają same w sobie pokrywać koszty świadczenia usług. Gdyby zatem wykonawca w złożonych wyjaśnieniach ceny przewidywał przenoszenie kosztów tych pozycji do innych pozycji to byłby to jedynie dowód na niezgodność treści oferty wykonawcy z treścią SWZ, skutkujący podstawą odrzucenia jej zgodnie z art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp - brak dostępu do treści wyjaśnień uniemożliwia weryfikacje powyższego i postawienie zarzutu. Wycena w kosztorysie dotyczy konkretnych pozycji których wartość ma odzwierciedlać koszty jakie ponosi wykonawca w celu ich wykonania i w takim celu jest składany kosztorys ofertowy.

Zarzut nr 3 (RNC-zaniechanie wezwania).

Zamawiający w treści wezwania do wyjaśnień ceny skierowanych do wykonawcy W. F. pominął wezwanie do kolejnej pozycji istotnej dla wyceny, której poziom w tej ofercie jest rażąco zaniżony. Zgodnie z szacunkami zamawiającego wartość tej pozycji wynosi 3 064 zł za 1 ha co przy wskazanej ilości daje wartość łączną 63 247 zł. Wykonawca W. F. dokonał wyceny ofertowej tych usług na poziomie 1900 zł /1 ha co daje łącznie wartość - 39 211 zł (za rok 2023). W przypadku pozostałych wykonawców wyceny 1 ha usług kształtują się na poziomie odpowiednio: 1950, 2542, 3500, 4000 zł. W ocenie odwołującego wycena na poziomie 1900 zł jest wyceną całkowicie nierealną i nie pokrywającą kosztów jakie należy ponieść w celu jej wykonania. Posługując się w celu wykazania rażącego zaniżenia ceny kosztami elementów składowych tej usługi:

- 4 tony urobku 4x 450 = 1800 zł
- roboczogodziny 40 x 25,32 = 1012,80 zł
- 20 L diesel kosiarka = 150, 60 zł

- 10 L benzyna kosa spalinowa = 65,40 zł

Wyliczenia dokonane na podstawie zużycia kosiarki bijakowej AMAZONE PROFIHOPPER 125 oraz kosy spalinowej STIHL FS 410. Najlepszym dowodem, że wycena nie jest nierealna i całkowicie nieracjonalna jest to, że wykonawca W. F. dla takich samych usług jakie mają być wykonywane w 2024 r. zamiast wyższych zastosował jeszcze niższe ceny. Zgodnie z kosztorysem ofertowym na rok 2024 dla poz. 2.2 wycena to 1800 zł, podczas gdy na 2023 wynosi 1900 zł.

Powyższe potwierdza, że wycena na poziomie jak w ofercie W. F. jest całkowicie nierealna, nierynkowa i nie obejmuje nawet kosztów koniecznych do jej wytworzenia. W ocenie odwołującego okoliczności powyższe obligują do wezwania do wyjaśnienia ceny także

w zakresie wskazanej pozycji w trybie art. 224 ust 1 Pzp analogicznie jak miało to miejsce w przypadku pozostałych pozycji objętych wezwaniem zamawiającego.

Biorąc pod uwagę literalne brzmienie przepisu art. 224 ust. 1 Pzp - stwierdzić należy, że po pierwsze przepis ten wprost odnosi pojęcie rażąco niskiej ceny również do istotnych składowych części ceny, po drugie zaś - że warunkiem uruchomienia procedury wyjaśniającej musi być budzący wątpliwości poziom przedstawionej przez danego wykonawcę ceny lub kosztu (lub ich istotnej części składowej) w stosunku do przedmiotu zamówienia lub wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia za zaoferowaną cenę. W takiej sytuacji zamawiający powinien wezwać wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień, na

co wskazuje użyty

w przepisie zwrot „Zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień". Istotne pozostaje, że zastosowanie procedury z art. 224 ust. 1 Pzp, tworzy de facto domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy. Powstanie tego domniemania skutkuje tym, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp - jeżeli chce je obalić - musi wykazać, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. W tym też celu wykonawca musi złożyć takie wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę oraz załączyć potwierdzające to dowody. Stąd też w orzecznictwie utrwalił się jednolity w tym zakresie pogląd, że owe wyjaśnienia muszą być konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do danego zamówienia. Pogląd taki jest cały czas aktualny świetle nowo obowiązującej ustawy Pzp.

Zarzut nr 4 (CNK).

W ocenie odwołującego w postępowaniu doszło także do naruszenia art. 226 ust 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 3 ust 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty W. F., pomimo że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na manipulowaniu cenami istotnych elementów zamówienia, w oderwaniu od wartości tych świadczeń na szkodę zamawiającego i pozostałych wykonawców. Jak wynika z wartości istotnej pozycji kosztorysowej 1.1.A - Wykonywanie prac porządkowych na trawnikach i terenach nieutwardzonych zamawiający ustalił na poziomie 435,71 zł za 1 /ha za 1 msc, łącznie 536 036,38 zł (na 2023) i analogiczna wartość na 2024 r. Wycena ofertowa dla tej pozycji u wykonawcy W. F. to 750 zł. Wycena pozostałych wykonawców to stawki 300, 388, 392 i 400 zł. Zestawienie wartości zamawiającego 435 zł i wykonawców poza W. F. -najwyższa wycena 400 zł dowodzi, że mamy do czynienia z wyceną spekulacyjną, która nie odzwierciedla faktycznych wartości rynkowych usług. W ocenie odwołującego powyższe zabiegi wykonawcy stanowią naruszenie art. 226 ust 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 3 ust 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK. Obydwie oferty zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na manipulowaniu cenami, w oderwaniu od realiów rynkowych.

Zgodnie z art. 226 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający dokonując badania i oceny oferty obowiązany jest ustalić, czy jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ww. przepisów.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustęp 2 tego przepisu wskazuje na otwarty katalog przypadków, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej

ustawy może być zatem uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5-17d ZNKU, jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 ZNKU (por.m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 1998 r., I CKN 904/97).

Odwołujący uznaje, że złożenie oferty przez wykonawcę W. F. z nierealną wyceną poz. 1.1.A stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji niestypizowany w rozdziale 2 uznk, natomiast odpowiadający hipotezie art. 3 ust. 1 tej ustawy. Działanie konkurenta, polegające na manipulacji cenami - sztuczne zawyżenie ceny za wskazane usługi - było działaniem świadomym, celowym i zamierzonym i sprzecznym z dobrymi obyczajami, podjętym w celu polepszenia swojej sytuacji w postępowaniu przetargowym oraz przy realizacji zamówienia, co w konsekwencji prowadziło do naruszenia interesu zamawiającego i publicznego oraz interesu uczestnika postępowania, który złożył ofertę skalkulowaną w oparciu o ceny realne.

Odwołujący w świetle okoliczności faktycznych zasadnie przyjął, że sztuczne zawyżenie cen wskazanych usług stanowi manipulację cenową, której dokonanie pozwoliło wykonawcy na złożenie oferty korzystnej cenowo i uzyskanie dodatkowego nienależnego zysku. Jakkolwiek należy mieć na uwadze obowiązującą w gospodarce rynkową zasadę swobodnego ustalania i różnicowania cen przez przedsiębiorców, to należy stwierdzić również, iż zasada ta doznaje ograniczeń - określonych m.in. właśnie w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca nie może swojej swobody wykorzystywać w sposób, który stałby

w sprzeczności z dobrymi obyczajami, prawem i naruszałoby interesy innych przedsiębiorców.

W niniejszej sprawie możliwym było stwierdzenie niedopuszczalnej manipulacji, inżynierii cenowej. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji celowo nie zawiera zamkniętego katalogu takich czynów, a wprowadza ogólną klauzulę w art. 3 ust. 1 - właśnie przewidując nieograniczoną "kreatywność" przedsiębiorców. O ile oferowanie ceny rażąco niskiej - tj. poniżej kosztów w celu eliminacji innych przedsiębiorców, stanowi czyn określony w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, o tyle manipulacja cenowa polegająca na rażącym zawyżeniu części kosztów, pozwalającym na obniżeniu kosztów pozostałych oraz uzyskanie nienależnego zysku poprzez optymalizację niewątpliwie wypełnia znamiona określone w art. 3 ust. 1 uznk. Argumentacja przeciwna - że niedozwoloną manipulację cenową można stwierdzić jedynie w powiązaniu z ceną rażąco niską, pozostawałaby w sprzeczności z celem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji a pośrednio również z art. 226 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp - uniemożliwiałoby bowiem eliminowanie ofert ze zmanipulowanymi - ale nie rażąco niskimi - cenami. Artykuł 3 ust. 1 ustawy uznk, jako czyn nieuczciwej konkurencji kwalifikuje każde działanie, które jest sprzeczne z prawem (a więc normami stanowionymi) oraz z dobrymi obyczajami, pod warunkiem, iż zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Orzecznictwo w zakresie zamówień publicznych w pełni aprobuje kwalifikację zachowań rodzajowo podobnych do działania konkurentów, do działań spełniających znamiona czynów nieuczciwej konkurencji. W kontekście sztucznego manipulowania elementami oferty z myślą, tylko o ocenie punktowej wypowiedziała się Izba w wyroku o sygn. akt KIO 1934/12.

Czyn nieuczciwej konkurencji w niniejszej sprawie polega na celowym działaniu zmierzającym do zaburzenia wyników oceny ofert i zapewnienia konkurentowi wyższej rentowności z naruszeniem zasad tzw. uczciwości kupieckiej, odwołujących się do rzetelnych zasad postępowania i dobrych obyczajów w obrocie gospodarczym, w konsekwencji naruszając interes przede wszystkim zamawiającego. Przy czym nie można podzielić poglądu, iż ww. działanie stanowiło jedynie wyraz zastosowanej optymalizacji kosztów.

Orzecznictwo Izby wskazuje, iż "działanie polegające na tzw. "manipulowaniu ceną" jest działaniem polegającym 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. Celem takiej "optymalizacji" jest nic innego jak uzyskanie przewagi nad innymi wykonawcami wedle przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Wskazać należy, że jest to działanie, które prowadzi do wynaturzeń pozbawiających system zamówień publicznych jego ekonomicznego sensu, jak również narusza to interes innych przedsiębiorców.

Zdaniem odwołującego nie potrafiąc realnie wykazać konkretnych kosztów zawyżonych usług przy jednoczesnym zaniżeniu w relacji do nich pozostałych, wykonawca potwierdził, że wycena nie pokrywa kosztów wykonania usług a jej wyłącznym celem było zmanipulowanie wyniku postępowania. Na kanwie walki z tym zjawiskiem ukształtowała się

obszerna i jednolita linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej, w ramach której Izba wskazuje, że działanie wykonawców w postaci manipulowania cenami jednostkowymi (przerzucanie kosztów) jest:

a) sprzeczne z dobrymi obyczajami rozumianymi jako normy moralne i obyczajowe

w stosunkach gospodarczych, a więc pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy (tzw. uczciwość kupiecka). Istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne

i niezafałszowane współzawodnictwo (tak: wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia

28 czerwca 2007 V AC 71/07);

b) co najmniej zagraża interesom innych przedsiębiorców (wykonawców), którzy kalkulując cenę uczciwie nie mogą w ten sposób realnie konkurować z podmiotem, który dopuszcza się manipulowania ceną, a w konsekwencji ich dostęp do rynku jest ograniczany przez podmiot popełniający delikt uczciwej konkurencji. Działanie takie może również zagrażać interesom samego zamawiającego, który w następstwie tego typu manipulacji cenowej byłby zmuszony niejednokrotnie dokonać wyboru oferty sumarycznie droższej (zawierającej wyższą cenę całkowitą).

Takie zachowanie wykonawców, musi spotkać się ze zdecydowaną krytyką i musi podlegać negatywnej ocenie. W ocenie odwołującego dokonując manipulacji cenowej, mogącej być uznawaną za tzw. "inżynierię cenową" czy "kreatywną politykę cenową",

wykonawca

W. F. dopuścił się naruszenia ww. przepisów ustawy Pzp oraz ustawy ZNK. Pozornie oferta wykonawcy W. F. jest dla zamawiającego najkorzystniejsza w świetle kryterium oceny ofert jednak przerzucenie faktycznych kosztów pozycji niedoszacowanych i rażąco zaniżonych do pozycji ryczałtowej zapewnia wykonawcy stałe wynagrodzenie na nieuzasadnionym poziomie. Pozycje obmiarowe mają mieć swoją realną i rynkową i realną wartość zaburzenie tych relacji działa wprost na szkodę zarówno zamawiającego jak

i konkurentów. O ile treść wyjaśnień ceny wykonawcy potwierdza przeniesienie kosztów

pozycji obmiarowych do ryczałtowej stanowiłoby to wprost dowód na czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający bez względu na to czy będzie czy też nie zlecał wykonawcy prace rozliczane obmiarowo i tak regularnie ponosił będzie koszty ryczałtowe dla usług z poz. 1.1.A na całkowicie oderwanym od rynkowego poziomie 750 zł/1 ha za 1 mc. Wskutek działań wykonawcy zamawiający traci całkowicie kontrolę na poziomem wydatków, co więcej nieracjonalnie wysoki poziom ryczałtu powoduje, że zamawiający nie będzie już miał środków na zlecanie pozostałych prac, bądź umowa zostanie przedwcześnie zakończona wobec wykorzystania budżetu. Nieakceptowalne z punktu widzenia konkurencyjności i racjonalności wydatkowania środków publicznych praktyki manipulacji cenowych wykonawców nie mogą być, w ocenie odwołującego, akceptowane i w dodatku premiowane wyborem oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący - po stronie zamawiającego - wykonawca złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

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

Zarzut nr 1 (TP).

Zamawiający wskazał, iż wbrew twierdzeniom odwołującego, informacje zawarte w wyjaśnieniach przystępującego w sprawie rażąco niskiej ceny z dnia 13 września 2022 r. (dalej jako „Wyjaśnienia") wraz z dowodami stanowiącymi załączniki do Wyjaśnień, spełniają przesłanki określone w art. 11 ust. 2 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 zawierają informacje organizacyjne przedsiębiorstwa dotyczące usług stanowiących przedmiot zamówienia, pozyskane przez przystępującego podczas realizacji zadań związanych z wykonywaniem podobnych prac, tj. ogrodniczych, porządkowych i remontowych. Przedstawione Wyjaśnienia i szczegółowa kalkulacja kosztów zawierają know-how przystępującego w zakresie metod kosztorysowania, które stanowią informacje posiadające walor wartości gospodarczej tak dla przystępującego, jak również dla innych podmiotów świadczących na rynku tożsame usługi. Z kolei pozostałe przedstawione przez przystępującego dokumenty, takie jak: faktury, indywidualne oferty cenowe, czy umowy zawarte przez przystępującego niewątpliwie, również noszą przymioty tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż nie są to informacje publicznie dostępne, a dotyczą one m.in. stanu majątkowego przystępującego, posiadanego przez niego sprzętu, uzyskiwanych indywidualnie cen oraz powiązań gospodarczych. W ocenie zamawiającego nie sposób zaprzeczyć, że informacje te posiadają walor wartości gospodarczej tak dla przystępującego, jak również dla innych potencjalnych wykonawców i tym samym spełniają przesłanki określone w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, przejawem wartości gospodarczej może być potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść, w razie gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 czerwca 2021 r., sygn. akt: KIO 1633/21). Przystępujący wskazał, iż ujawnienie zastrzeżonych przez niego informacji nieuprawnionym podmiotom trzecim na etapie postępowania, naraża przystępującego na ryzyko negatywnego wpływu na jego status na rynku. Ponadto informacje dotyczące kalkulacji kosztów, a przede wszystkim kosztów osobowych, materiałowych, pośrednich, które w tym przetargu stanowią czynniki najbardziej cenotwórcze, mogą zostać wykorzystane przez konkurencję 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. W konsekwencji zamawiający nie miał wątpliwości, że informacje zastrzeżone przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa nie powinny podlegać odtajnieniu.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest niezasadny. Izba podziela stanowiska prezentowane przez zamawiającego i przystępującego, dodatkowo wskazuje, co następuje.

Oceniając przedmiotowe uzasadnienie dotyczące zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych przez przystępującego wyjaśnień dotyczących RNC trzeba mieć na uwadze specyfikę podmiotową wykonawcy oraz przedmiot zamówienia, który ma być świadczony

w ramach zawartej umowy. Podmiotem składającym ofertę, a co za tym idzie składającym wyjaśnienia jest przedsiębiorca prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą. Oznacza to, że wykonawca taki działa w ograniczonym obszarze dostępu do informacji. Nie ma zatem podstaw do stawiania zarzutów, że wykonawca taki musi posiadać określone polityki bezpieczeństwa, strefy ochronne, zabezpieczone serwery, odpowiednie regulaminy, gdyż de facto jest to jedna osoba, która musi w sposób zorganizowany prowadzić swoją firmę. Zdaniem Izby przystępujący w sposób wystarczający wykazał zasadność zastrzeżenia TP wyjaśnień oraz załączników do nich, gdyż w sposób prosty, ale i logiczny wyjaśnił zasady, którymi kierował się zastrzegając określone informacje, których ujawnienie mogłoby doprowadzić do uzyskania przez konkurencję wiedzy na temat sposobu organizacji przedsiębiorstwa dla zrealizowania przedmiotowego zamówienia publicznego. Informacje zastrzegane przez przystępującego mają dla niego określoną wartość gospodarczą, którą chroni w sposób prawidłowy. Wypracowane doświadczeniem warunki umów z kontrahentami współpracującymi, uzyskane ceny na określone rodzaje usług, czy też potencjał osobowy przeznaczony do realizacji zamówienia stanowią dla wykonawcy przystępującego zasadnicze znaczenie, które umożliwia mu konkurowanie na rynku, jak się okazuje skuteczne.

Zarzut nr 2 (RNC-wyjaśnienia).

Zamawiający wskazał, iż dokonał szczegółowej analizy złożonych przez przystępującego wyjaśnień i dokumentów, w wyniku której doszedł do wniosku, że zaoferowana przez przystępującego cena nie jest rażąco niska. W tym miejscu zamawiający pragnie podkreślić, że z uwagi na objęcie Wyjaśnień przystępującego tajemnicą przedsiębiorstwa, stanowisko zamawiającego w niniejszej sprawie nie może ujawniać szczegółowych informacji zawartych w Wyjaśnieniach z dnia 13 września 2022 r. Po dokonaniu wnikliwej analizy Wyjaśnień z dnia 13 września 2022 r. zamawiający nie miał wątpliwości, że cena całkowita zaoferowana przez przystępującego nie jest ceną rażąco niską. Odwołujący w sposób szczegółowy i wyczerpujący przedstawił wszystkie składniki cenotwórcze względem zaoferowanej ceny, a także wyjaśnił wpływ ceny pozycji nr 2.1.B, 3.3 i 3.4 Kosztorysu na cenę całkowitą oferty. Odwołujący wykazał przy tym osiągnięcie zysku przekraczającego minimalny wskaźnik zysku opublikowany w Sekocenbud, który na III kwartał 2022 r. wynosił 4%. Szczególnego podkreślenia wymaga, że w niniejszym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert była cena całkowita. W tej sytuacji różnorodne rozmieszczanie kosztów i zysków pomiędzy poszczególnymi pozycjami kosztorysowymi nie może mieć wpływu na cenę całkowitą i w konsekwencji nie może mieć wpływu na wynik przetargu. Warto zauważyć, że jeśli zbadać wszystkie pozycje kosztorysowe wszystkich ofert poszczególnych wykonawców, to należy dojść do wniosku, iż duże różnice pomiędzy poszczególnymi, pojedynczymi częściami składowymi, są normą nie tylko w tym postępowaniu, ale też w postępowaniach na usługi ogrodnicze i porządkowe. W ocenie zamawiającego sposób skalkulowania poszczególnych pozycji kosztorysowych mieści się w zakresie swobody kosztorysowania i ryzyka podejmowanego przez wykonawcę. Dla zamawiającego kluczowe znaczenie ma kwestia, czy dana cena całkowita zapewnia przede wszystkim opłacalność danego kontraktu dla wykonawcy i tym samym gwarantuje wykonalność umowy. Zdaniem zamawiającego oferta przystępującego została skalkulowana w sposób zapewniający przystępującemu pokrycie wszelkich kosztów związanych z realizacją zamówienia oraz osiągnięcie wymiernego zysku.

W ocenie Izby zarzut odwołującego jest niezasadny. Izba podziela stanowisko zamawiającego i przystępującego wskazując, iż proste, czysto matematyczne odniesienie poszczególnych części składowych ceny przystępującego do analogicznych cen zawartych w Kosztorysie inwestorskim czy konkurencyjnych ofertach złożonych w przedmiotowym postępowaniu przez pozostałych wykonawców, nie jest wystarczające do stwierdzenia, że cena całkowita oferty jest rażąco niska. Nie można bowiem badać poszczególnych części składowych w oderwaniu od pozostałych, a także w oderwaniu od specyfiki zamówienia i postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak słusznie wskazał zamawiający z pola widzenia odwołującego zdaje się umykać fakt, iż zgodnie z literalną treścią art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. oraz ugruntowanym poglądem doktryny i judykatury - przesłanką odrzucenia oferty ze względu na nieadekwatną (rażąco niską) cenę może być wyłącznie zaniżenie ceny całkowitej (W. Dzierżanowski i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wolters Kluwer Polska 2021). W konsekwencji w przypadku podejrzenia rażąco niskiej istotnej części składowej ceny, zadaniem zamawiającego jest zbadanie wpływu danej części składowej na zaoferowaną cenę całkowitą i ustalenie, czy

w efekcie cena całkowita jest rażąco niska. Jak bowiem wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie, wbrew pozorom bowiem nawet cena zerowa nie musi oznaczać, iż jest to cena rażąco niska (P. Wójcik, Ceny zerowe i ceny symboliczne w ofertach wykonawców. Sposób postępowania z ofertą zawierającą cenę symboliczną, LEX/el, 2020).

Zarzut nr 3 (RNC-zaniechanie wezwania).

Zamawiający wskazał, iż zarzut nr 3 odwołania, dotyczący rzekomego zaniechania wezwania przystępującego do udzielenia wyjaśnień istotnych elementów składowych ceny w zakresie poz. 2.2 Kosztorysu pn. „Koszenie łąk kwietnych i naturalnych", nie został przez odwołującego udowodniony. Zgodnie z treścią art. 224 ust. 1 p.z.p., zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, jeżeli rażąco niska wydaje się cena lub koszt, lub ich istotne części składowe. Niewątpliwie omawiany zarzut odnosi się do części składowej ceny, jaką jest poz. 2.2 Kosztorysu. Odwołujący całkowicie jednak pomija kluczową w tym miejscu kwestię

istotności danej części składowej. Ustawa p.z.p. nie zawiera definicji istotnej części składowej ceny, w związku z czym znaczenia tego terminu należy szukać w doktrynie i judykaturze. Zgodnie z ugruntowanym poglądem doktryny, pojęcie istotności części składowej ceny lub kosztu należy interpretować m.in. przez odniesienie się do istotności części przedmiotu zamówienia, przynależnej danej części składowej ceny lub kosztu. Przykładowo, jeżeli określone prace w ramach realizacji zamówienia mają dla zamawiającego istotne znaczenie, to powinien on mieć prawo zbadania, czy za prace te wykonawca oferuje cenę, która nie została przez niego rażąco zaniżona. Istotnymi częściami składowymi ceny lub kosztu będą te części składowe, które ze względu na ich wartość, a także wielkość lub rozmiar, a tym samym znaczący udział w całości zamówienia, mają wpływ na wykonanie zamówienia

(A. Gawrońska-Baran i in., Prawo zamówień publicznych, Komentarz, LEX/el. 2022). Odwołujący nawet nie podjął w odwołaniu próby wykazania, że poz. 2.2 Kosztorysu jest istotną częścią składową ceny w przedmiotowym postępowaniu. Omawiany zarzut dotyczy więc części składowej ceny przystępującego subiektywnie i arbitralnie wybranej przez odwołującego, która - w jego mniemaniu - mogłaby potencjalnie pasować do postawionej przez niego tezy, że zaoferowana przez przystępującego cena jest rażąco niska. Na gruncie analogicznego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza wydała w dniu 8 listopada 2021 r. wyrok (sygn. akt: KIO 3005/21), w którym oceniła taką samą postawę odwołującego jak w niniejszym postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zarzut odwołującego jest niezasadny, albowiem nie został udowodniony. Za zasadne należy podzielić stanowiska prezentowane przez zamawiającego i przystępującego, w kontekście orzeczenia Izby, na które powołuje się zamawiający. Jak słusznie bowiem wskazała Izba, „Odnosząc się do kwestii zaistnienia przesłanek wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp, podkreślić należy, że zgodnie z tym przepisem Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w sytuacji gdy cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W świetle tego przepisu dla powstania obowiązku wezwania do wyjaśnień nie jest wystarczające, że jakikolwiek element oferty budzi wątpliwości co do realności wyceny, przepis ten wprost stanowi, że dotyczy to tylko elementów istotnych, Ustawa nie określa, według jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny. W ocenie Izby należy przyjąć, że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których - ze względu na ich merytoryczne znaczenie - zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem

wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości. Podkreślenia wymaga,

że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że zaistniały określone w art. 224 ust. 1 Pzp przesłanki wezwania do wyjaśnień, obciążał - na zasadach ogólnych - Odwołującego. Odwołujący był więc zobowiązany wykazać, że cena całkowita oferty lub jej elementy składowe, w tym przede wszystkim wycena pozycji numer 1, której wysokość została przez Odwołującego uznana za rażąco niską ma charakter istotny i jest tak niska, że obiektywnie powinny wzbudzić wątpliwości co do ich realności. Izba stwierdziła natomiast, że Odwołujący - wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi - nie wykazał zaistnienia okoliczności, które obligowałyby Zamawiającego do wezwania (...) do wyjaśnień. Odwołujący w uzasadnieniu całkowicie pominął ustawową przesłankę istotności kwestionowanej pozycji składającej się na ogólną cenę oferty. Stanowisko Odwołującego zaprezentowane w odwołaniu oraz na rozprawie zmierzało do wykazania, że wycena ww. pozycji jest rażąco niska. Odwołujący przedstawił w tym zakresie tylko porównanie do cen złożonych przez pozostałych wykonawców oraz wskazał, że wycena tej pozycji odbiega także od wyceny Zamawiającego w kosztorysie inwestorskim. Ponadto Odwołujący wskazywał, że taka wycena ww. pozycji pomija wycenę wszystkich czynników kosztotwórczych, które zostały przez Zamawiającego opisane w dokumentacji postępowania. Odwołujący jednak całkowicie pominął najważniejszy aspekt, od którego ustawa uzależnia obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, tj. aspekt istotności kwestionowanych pozycji cenowych. Odwołujący ani w odwołaniu, ani

podczas rozprawy nie podjął nawet próby wykazania, że objęta zarzutami pozycja formularza oferty ma w jakimkolwiek znaczeniu charakter istotny".

Zarzut nr 4 (CNK).

Zamawiający wskazał, iż zarzut dotyczący rzekomego zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, pomimo że oferta została rzekomo złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na manipulowaniu cenami istotnych elementów zamówienia, jest bezzasadny. W ocenie zamawiającego, odwołujący nie wykazał spełnienia łącznie przesłanek ustawowych warunkujących uznanie danego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji. Podkreślić należy, 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 argumentacji podniesionej przez zamawiającego w tym zakresie w punkcie odnoszącym się do zarzutu nr 2 odwołania. Wystąpienie w ofercie wykonawcy rażąco niskiej ceny nie może być więc traktowane automatycznie jako złożenie jej w warunkach nieuczciwej konkurencji. W świetle poglądów judykatury i doktryny 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 uznk, 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 (A. Gawrońska-Baran i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX/el. 2022). Zdaniem zamawiającego w przypadku oferty przystępującego nie może być mowy o jakimkolwiek manipulowaniu ceną, gdyż zastosowana przez przystępującego metoda kosztorysowania nie ma żadnego wpływu na cenę całkowitą ani na wynik postępowania. W konsekwencji nie sposób stwierdzić, aby działania przystępującego miały na celu wyeliminowanie z rynku któregokolwiek z wykonawców czy też zaburzenie konkurencji. Wprost przeciwnie, zróżnicowane sposoby kosztorysowania zastosowane przez poszczególnych wykonawców świadczą najdobitniej o funkcjonowaniu i wystąpieniu w niniejszym postępowaniu wolnorynkowej konkurencji.

W ocenie Izby, zarzut odwołującego jest niezasadny. Izba w całości podziela stanowiska prezentowane przez zamawiającego i przystępującego.

Zgodnie z treścią art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. 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. Różnice cenowe pomiędzy ofertą odwołującego a ofertą przystępującego nie oznaczają same przez się, że przystępujący rozpowszechnia nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd wiadomości w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody oraz oferuje urządzenia oraz oprogramowanie poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał okoliczności, które przesądzałyby o popełnieniu przez przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji. Ponadto, zgodnie z orzeczeniem Izby w wyroku KIO 2440/18, czyn ten musi być popełniony świadomie i z winy umyślnej, a odwołujący nie udowodnił, że czyn ten został dokonany celowo i z zamiarem wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku. Nie wykazano również z jakimi dobrymi obyczajami były sprzeczne działania podjęte przez przystępującego. Konkurowanie ceną wpisuje się w strategię prowadzenia działalności gospodarczej przez podmiot profesjonalnie zajmujący się działalnością w określonej branży.

„Zoptymalizowanie” kosztów realizacji przedmiotu zamówienia nie stanowi o nieuprawnionym działaniu ze strony przystępującego. Wykonawca podjął kroki, które uważał za konieczne, aby uzyskać zamówienie, nie naruszając swoim postępowaniem sytuacji innych wykonawców, którzy to zamówienie chcieli uzyskać. W ocenie Izby, odwołujący nie wykazał okoliczności potwierdzających, że złożenie oferty przez przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zwrócić również należy uwagę na fakt, iż zamawiający w treści dokumentacji postępowania podał sposób wyliczenia ceny, nie ograniczając lub nie zastrzegając konkretnych wytycznych dotyczących wyceny poszczególnych elementów kosztorysowych. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że sposób wyliczenia ceny ofertowej przez przystępującego stanowi podstawę do uznania, że stanowi ona tzw. inżynierię cenową, która z kolei musi powodować uznanie, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Sytuacja taka miałaby bowiem swoje uzasadnienie w przypadku, gdyby zamawiający przewidział różne kryteria oceny ofert, w ramach których ewentualne przenoszenie kosztów usługi miałoby wpływ na sytuację wykonawcy, oferta wykonawcy uzyskałaby korzystniejszy bilans punktowy mający znaczenie dla rankingu ofert w postępowaniu. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający ustalił jedno kryterium oceny ofert - cenę - w randze 100%. Tym samym sposób kalkulacji ceny ofertowej w ramach poszczególnych pozycji kosztorysowych pozostaje bez znaczenia dla rzetelności wyceny ofertowej, tym bardziej, że zamawiający akceptuje taki sposób kalkulacji, co potwierdzają dowody złożone przez odwołującego, potwierdzające taką praktykę stosowaną przez wykonawców w innych częściach zamówienia prowadzonych w ramach innych postępowań.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: .....