

Sygn. akt: KIO 1064/15 KIO 1067/15

WYROK
z dnia 8 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2015 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 21 maja 2015 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **CLAR SYSTEM Spółka Akcyjna** z siedzibą w Poznaniu przy ul. Janickiego 20B, 60-542 Poznań, **HOSPITAL SYSTEM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Poznaniu przy ul. Janickiego 20B, 60-542 Poznań (sygn. akt KIO 1064/15);
- B) w dniu 21 maja 2015 r. przez Odwołującego **ISS Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Flisa 2, 02-247 Warszawa (sygn. akt KIO 1067/15)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Wojewódzki Szpital Dziecięcy im. J. Brudzińskiego**, ul. Chodkiewicza 44, 85-667 Bydgoszcz

przy udziale

wykonawcy ISS Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Flisa 2, 02-247 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1064/15 po stronie Zamawiającego

wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Ślężnej 118, 53-111 Wrocław zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1064/15 i KIO 1067/15 po stronie Zamawiającego

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie CLAR SYSTEM S.A. z siedzibą w Poznaniu przy ul. Janickiego 20B, 60-542 Poznań, HOSPITAL SYSTEM Sp. z o.o. z siedzibą

w Poznaniu przy ul. Janickiego 20B, 60-542 Poznań zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1067/15 po stronie Odwołującego

orzeka:

1

- A) Uwzględni odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie CLAR SYSTEM S. A. z/s w Poznaniu, HOSPITAL SYSTEM Sp. z o.o. z/s w Poznaniu (sygn. akt KIO 1064/15) i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 11.05.2015 r. oraz nakazuje odrzucenie oferty Impel Cleaning Sp. z o.o., a także nakazuje częściowe odtajnienie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawców: Impel Cleaning Sp. z o.o. (załącznik nr 1 – zestawienie miesięczne zatrudnienia str. 8 oraz pozostałych kosztów związanych z wykonaniem usługi – str. 10 wyjaśnień z dnia 16.04.2015 r.) oraz ISS Facility Services Sp. z o.o. (tabela nr 1 i 3 na str. 5 i 7 wyjaśnień z dnia 15.04.2015 r.) i powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem ofert niepodlegających odrzuceniu. W pozostałym zakresie zarzuty i żądania uznaje za nieuzasadnione.
- B) Uwzględni odwołanie wykonawcy ISS Facility Services Sp. z o.o. z/s w Warszawie (sygn. akt KIO 1067/15) i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 11.05.2015 r. oraz nakazuje odrzucenie oferty Impel Cleaning Sp. z o.o. i powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem ofert niepodlegających odrzuceniu;

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Wojewódzki Szpital Dziecięcy im. J. Brudzińskiego, ul. Chodkiewicza 44, 85-667 Bydgoszcz i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr.** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących: CLAR SYSTEM S. A. z/s w Poznaniu, HOSPITAL SYSTEM Sp. z o.o. z/s w Poznaniu (sygn. akt KIO 1064/15), ISS Facility Services Sp. z o.o. z/s w Warszawie (sygn. akt KIO 1067/15), tytułem wpisów odwołań.

2.2 Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołujących: CLAR SYSTEM S. A. z/s w Poznaniu, HOSPITAL SYSTEM Sp. z o.o. z/s w Poznaniu (sygn. akt KIO 1064/15), ISS Facility Services Sp. z o.o. z/s w Warszawie (sygn. akt KIO 1067/15) kwotę **30.000 zł 00 gr.** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) w tym:

Sygn. akt: KIO 1064/15, KIO 1067/15 2

A) na rzecz Odwołującego CLAR SYSTEM S. A. z/s w Poznaniu, HOSPITAL SYSTEM Sp. z o.o. z/s w Poznaniu kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1064/15;

B) na rzecz Odwołującego ISS Facility Services Sp. z o.o. z/s w Warszawie kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1067/15;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Bydgoszczy**

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1064/15, KIO 1067/15 3

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego –Wojewódzki Szpital Dziecięcy im. J. Brudzińskiego w Bydgoszczy w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie *usług sanitarno-porządkowych i transportu wewnętrznego Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego im. J. Brudzińskiego w Bydgoszczy* (nr postępowania: 38/2014/PN), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2015/S 009-011258 w dniu 14 stycznia 2015 r., wobec czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, zostały wniesione w dniu 21 maja 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania przez: konsorcjum w składzie CLAR System S.A. z/s w Poznaniu i Hospital System Sp. z o.o. z/s w Poznaniu (sygn. akt KIO 1064/15) oraz wykonawcę ISS Facility Services Sp. z o.o. z/s w Warszawie (sygn. akt KIO 1067/15).

Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert oraz wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 11.05.2015 r. w zawiadomieniu przekazanym drogą elektroniczną oraz faksem.

Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1064/15 przystąpienie zgłosili wykonawcy: Impel Cleaning Sp. z o.o. z Wrocławia po stronie Zamawiającego, ISS Facility Services Sp. z o.o. z Warszawy po stronie Zamawiającego, a do postępowania odwoławczego oznaczonego sygn. akt KIO 1067/15 wykonawcy: Impel Cleaning Sp. z o.o. z Wrocławia po stronie Zamawiającego oraz konsorcjum Clar System S.A. z Poznania i Hospital System Sp. z o.o. z Poznania po stronie Odwołującego.

A Sygn. akt KIO 1064/15

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 1064/15 Odwołujący – konsorcjum Clar System S.A. i Hospital Services Sp. z o.o. (dalej jako Konsorcjum Clar) zarzuciło Zamawiającemu dokonanie z naruszeniem przepisów ustawy czynności oceny ofert

złożonych przez wykonawców Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz ISS Facility Services Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Ever Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) poprzez bezpodstawne:
 - a. uznanie, że wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez wykonawców Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz ISS Facility Services Sp. z o.o. i konsorcjum firm Ever Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o., co do

Sygn. akt: KIO 1064/15, KIO 1067/15 4

rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tych podmiotów zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

- b. zaniechanie odtajnienia wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez wykonawców: Impel Cleaning Sp. z o.o., ISS Facility Services Sp. z o.o. i Konsorcjum Ever Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o.;
2. Naruszenie art. 90 ust. 1 i 2, art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wadliwej oraz dowolnej oceny złożonych wyjaśnienia co do rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawców: Impel Cleaning Sp. z o.o., ISS Facility Services Sp. z o.o. i Konsorcjum Ever Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o., co w szczególności przejawiało się w uznaniu rzeczonych wyjaśnień za potwierdzające brak podstaw do uznania cen powyższych wykonawców za rażąco niską pomimo, że wykonawcy ci nie przedstawili Zamawiającemu dowodów na potwierdzenie okoliczności podnoszonych przez nich w rzeczonych wyjaśnieniach, podczas gdy wyrokiem KIO z dnia 18 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 398/15) KIO nakazało Zamawiającemu wezwać powyższych wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy określając zarazem w uzasadnieniu wyroku dokładny sposób i podstawy dokonywania oceny złożonych wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny, w tym oparcie oceny tychże wyjaśnień na przedłożonych przez wykonawców dowodach;
3. Naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 85 § 4 i 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do prawidłowego obliczenia do kiedy wykonawcy zobowiązali się pozostać związani złożoną ofertą oraz czy zabezpieczyli ofertę wadium na cały okres związania ofertą, przez co Zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawców: Impel Cleaning Sp. z o.o., ISS Facility Services Sp. z o.o. i Konsorcjum Ever Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o. z postępowania pomimo, że wykonawcy ci nie przedłużyli terminu związania ofertą o 60 dni z równoczesnym przedłożeniem ważności wadium na cały okres związania ofertą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i uchylenie skutków prawnych zaskarżonych czynności poprzez unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie Zamawiającemu wykonania ponownego badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert, nakazanie Zamawiającemu odtajnienia złożonych w trybie art. 90 wyjaśnienie co do rażąco niskiej ceny wykonawców: : Impel Cleaning Sp. z o.o., ISS Facility Services Sp. z o.o. i Konsorcjum Ever Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o. i nakazanie wykluczenia z postępowania wykonawców: Impel Cleaning Sp. z o.o., ISS Facility

Sygn. akt: KIO 1064/15, KIO 1067/15 5

Services Sp. z o.o. i Konsorcjum Ever Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o., a w konsekwencji odrzucenie złożonych przez nich ofert.

Odwołujący wniósł jednocześnie o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego w tym także kosztami związanymi z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawę lzbę oraz kosztami wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł.

Wobec zaistnienia podstaw do odrzucenia oferty najkorzystniejszej wykonawcy Impel

Cleaning Sp. z o.o., oraz poprzedzającej ją oferty wykonawcy ISS Facility Services Sp. z o.o. (a także ofert pozostałych wykonawców), oferta złożona przez Odwołującego mogłaby zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą oraz jedyną ważną. Tym samym Odwołujący mógłby uzyskać zamówienie stanowiące przedmiot prowadzonego przez Zamawiającego postępowania.

Przedmiotem zaskarżenia w niniejszym odwołaniu są powtórzone czynności oceny ofert wykonawców Impel Cleaning Sp. z o.o., ISS Facility Service Sp. z o.o. oraz konsorcjum Ever Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o. i wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Impel Cleaning Sp. z o.o., przeprowadzone w wyniku nakazanych wyrokiem KIO z dnia 18.03.2015 r. (sygn. akt KIO 398/15) czynności zmierzających do wyjaśnienia wysokości cen w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Zamawiający dokonał wezwania powyższych wykonawców do złożenia wyjaśnień, a ponadto pismem z dnia 15.04.2015 r. wezwał wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą o 60 dni. W wyniku

czynności wskazał jako ofertę przeprowadzonych Zamawiający najkorzystniejszą wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. (przyznając 100 pkt), następnie w kolejności wskazane zostały oferty wykonawcy ISS Facility Services Sp. z o.o. (87,58 pkt), oferta Odwołującego (69,35 pkt), konsorcjum firm Ever Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o. (oferta odrzucona), konsorcjum DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. (oferta odrzucona).

W związku z zastrzeżeniem przez wykonawców jawności wyjaśnień dotyczących wysokości cen, Odwołujący wskazał na obowiązek Zamawiającego zbadania zasadności objęcia klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzeżonych informacji, w świetle art. 11 ust. 4 ustawy o zw.n.k. W okolicznościach niniejszej sprawy, zdaniem Odwołującego, wykonawcy składający zamawiającemu wyjaśnienia co do rażąco niskiej ceny w sposób sprzeczny z przepisami prawa zastrzegali składane wyjaśnienia (informacje w nich zawarte) jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający nie dostrzegając tej okoliczności, oraz nie udostępniając Odwołującemu tychże wyjaśnień dopuścił się zaś naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i ust 3 ustawy PZP w zw. z art. 8 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 96 ust. 3 tej ustawy w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Aby móc uznać

Sygn. akt: KIO 1064/15, KIO 1067/15 6

informację za chronioną, koniecznym zdaniem Odwołującego jest, aby miała ona walor stałości, reprezentatywności i była wyznacznikiem statusu czy kondycji przedsiębiorstwa, a nie była zmienną kalkulacyjną obliczaną na użytek każdego kolejnego postępowania. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa powinna mieć dla przedsiębiorstwa wartość gospodarczą przynajmniej w jakimś okresie czasu, stałą dla jego funkcjonowania i znaczenia dla rynku, np. źródła zaopatrzenia i zbytu, kooperacji, wynalazki i patenty. Innymi słowami informacjami gospodarczymi są tylko takie informacje, które mają wpływ na wycenę przedsiębiorstwa i są istotne z punktu widzenia zdobycia kolejnego zamówienia. Za powszechnie aprobowany w orzecznictwie KIO pogląd należy uznać twierdzenie, że instytucja wyjaśnienia podejrzenia co do rażąco niskiej ceny jest po to, aby wykonawcy wyjaśnili nie tylko zamawiającemu, ale również konkurentom, jakie stawki i parametry tworzą zaoferowaną cenę, czy są one realne, czy służą tylko spekulacji uzyskania zamówienia. Pokazanie samych stawek jednostkowych nie naraża wykonawcy na utratę przychodów czy zdradę tajemnicy co do źródła tych stawek. Stawki jednostkowe nie powinny być chronione. Mogą być chronione co najwyżej informacje co do źródeł tych stawek (tak KIO w wyroku z dnia 23.02.2015 r., sygn. KIO 222/15).

Odwołujący odwołał się do uzasadnienia wyroku KIO z 18.03.2015 r., w którym Izba zwróciła uwagę, że *procedura wyjaśnień ceny powinna zostać przeprowadzona rzetelnie i z uwzględnieniem realiów zatrudnienia osób oraz przepisów prawa, a nie jedynie pro forma. Jeśli więc wykonawca wskaże przykładowo, że w kalkulacji założył, iż prawie wszyscy zatrudnieni przez niego pracownicy będą podlegać zwolnieniu ze składek na Fundusz Pracy i/lub Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych albo otrzyma dopłaty z tytułu ich zatrudnienia, powinien ten fakt wykazać i udowodnić, np. którzy pracownicy takiemu zwolnieniu i na jakiej podstawie podlegają (osobowo lub procentowo), czy jest w stanie wskazać, że zatrudnieni przez niego w niepełnym wymiarze godzin pracownicy nie będą otrzymywać wynagrodzenia z innego miejsca pracy, a tym samym osiągać płacy powyżej minimalnego wynagrodzenia, jaki przyjął wskaźnik kosztów zwolnień lekarskich i urlopów wśród pracowników itd.* Dalsza argumentacja Odwołującego (w związku z odmową Zamawiającego

udostępnienia treści wyjaśnień) opiera się na stanowisku zajęтым przez wykonawcę Impel Cleaning Sp. z o.o. w piśmie z dnia 30.04.2015 r., stanowiącym odpowiedź na wniosek Zamawiającego o wyrażenie zgody na udostępnienie wyjaśnień w całości lub części innym wykonawcom. W ocenie Odwołującego z pisma wykonawcy wynika, że informacje składające się na wyjaśnienia co do rażąco niskiej ceny odnoszą się do ogólnego przywołania okoliczności, które miałyby przesądzać o uznaniu informacji zawartych w wyjaśnieniach jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Co więcej wykonawca nie przedstawił Zamawiającemu żadnych dowodów na te okoliczności. W świetle art. 8 ust. 3 ustawy

Sygn. akt: KIO 1064/15, KIO 1067/15 7

(nakazującego wykazanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa) Zamawiający nie miał do uznania za tajemnicę podstaw złożonych wyjaśnień przedsiębiorstwa. Zamawiający dopuścił się naruszenia nie tylko art. 8 ust. 3 ustawy, ale także naruszenia przepisu art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy, gdyż nie dokonał nakazanych mu przez KIO wyrokiem z 18.03.2015 r. czynności w sposób wskazany w tymże wyroku. Odwołujący przywołał pogląd prezentowany w orzecznictwie KIO, iż nie jest uprawnione kwalifikowanie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji składających się na sposób kalkulacji ceny ofertowej (przykładowo cytując fragment uzasadnienia z wyrok KIO z 26.11.2014 r., sygn. akt 2360/14 – „Czyli zastrzeżone informacje w postaci liczb, danych mają charakter jednorazowy i związane są z kalkulacją ceny w poszczególnym postępowaniu to jest na użytek konkretnego postępowania. Według oceny przystępującego właśnie ta zmienność liczb, danych, cyfr w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia jest argumentem na to, że informacje te nie są upublicznione, ponieważ każdorazowo są zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa Wskazać należy, że przedstawione kalkulacje zostały przygotowane wyłącznie na potrzeby przedmiotowego postępowania, w związku z czym nie były wcześniej ujawnione do wiadomości publicznej” (...). Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji takiej konstrukcji nieupubliczniania informacji nie chroni. W ocenie Izby aby informacja była chroniona to musi mieć ona walor stałości, reprezentatywności, stabilności i być wyznacznikiem statusu czy kondycji przedsiębiorstwa a nie być zmienną kalkulacyjną na użytek każdego kolejnego postępowania. Bowiem informacja powinna posiadać wartość gospodarczą nie tylko na użytek konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ale powinna mieć dla przedsiębiorstwa wartość gospodarczą przynajmniej w jakimś okresie czasu stałą dla jego funkcjonowania i znaczenia na rynku np. źródła zaopatrzenia i zbytu, kooperanci, wynalazki i patenty. W ocenie Izby informacja posiadająca wartość gospodarczą to taka, która ma np.: wpływ na wycenę przedsiębiorstwa a nie stanowi tylko element kalkulacyjny tworzony na użytek kolejnego postępowania celem zdobycia kolejnego zamówienia i zmieniająca się z dnia na dzień. Przystępujący powołuje się również na wynegocjowanie stawek, których nie chce ujawnić, aby nie stracić przychodów. W ocenie Izby nie ma żadnego logicznego związku pomiędzy stosowanymi stawkami a groźbą utraty przychodów w związku z pokazaniem tych stawek. Po to jest instytucja wyjaśniania podejrzeń co do rażąco niskiej ceny aby wykonawcy wyjaśnili nie tylko zamawiającemu ale również konkurentom jakie stawki i parametry tworzą zaoferowaną cenę, czy są one realne czy służą tylko spekulacji uzyskania zamówienia. Pokazanie samych stawek jednostkowych nie naraża wykonawcy na utratę przychodów czy zdradę tajemnicy, co do źródła tych stawek. Same stawki jednostkowe same w sobie nie powinny być chronione. Mogą być chronione co najwyżej informacje co do źródeł tych stawek np.: umowy co do zakupu rowerów, umowy co do pozyskania systemu informatycznego obsługi

Sygn. akt: KIO 1064/15, KIO 1067/15 8

publicznego roweru, umowy o pracę z mechanikami, sekretarkami, czy firmami profesjonalnymi w tym zakresie, umowy o zaopatrzenie w materiały, urządzenia, umowy najmu magazynu do przechowywania rowerów i całego systemu poza sezonem, czy umowy najmu lokali do obsługi klienta czy obiektów warsztatu napraw, konserwacji rowerów, czy też umów na uzyskanie dochodów z reklamy. (...). Izba przeprowadzając dowód na rozprawie z wyjaśnień przystępującego z dnia 20 października 2014 r. na okoliczność elementów wpływających na wysokość ceny według wytycznych zamawiającego nie stwierdziła również jakiegokolwiek oryginalności w samym sposobie ujęcia stawek i kosztów czyli kalkulacji, która

zasługiwały na ochronę przed ujawnieniem. Analogiczny pogląd wyraziła KIO np. w wyroku z dnia 12.01.2015 r. sygn. KIO 2731/14).

Odnośnie zarzutu dotyczącego terminu związania ofertami, Odwołujący wskazał, iż termin składania ofert upłynął w dniu 19.02.2015 r. (pkt XVI SIWZ), a bieg 60-dniowego terminu związania ofertą rozpoczął się wraz z upływem terminu składania ofert (art. 85 ust.5 ustawy Pzp) i upłynął dnia 19.04.2015 r. Zamawiający pismem z dnia 15.04.2015 r. wezwał wszystkich wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą o 60 dni. Postępowanie odwoławcze zakończone ogłoszeniem wyroku KIO w dniu 18.03.2015 r. zostało wszczęte w dniu 02.03.2015 r., a tym samym okres związania ofertą uległ zawieszeniu na okres 17 dni. Ostatecznie zatem termin związania ofertą upływał nie 19.04.2015 r., a dnia 06.05.2015 r. Zatem to tę datę należy uwzględnić przy obliczaniu terminu związania ofertą na kolejne 60 dni i zabezpieczenia wadium, który upływa 05.07.2015 r.

Wykonawca Impel Cleaninig Sp. z o.o. wyraził w oświadczeniu z dnia 17.04.2015 r. zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni zaś ważność wadium przedłużył do dnia 29.06.2015 r. włącznie. Wykonawca DGP Dozrbud Grupa Polska Sp. z o.o. oświadczył, iż przedłuży termin związania ofertą do dnia 05.07.2015 r. ale nie wniósł wadium na przedłużony termin związania ofertą. Wykonawca ISS Facility Service Sp. z o.o. wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, a ważność wadium przedłużył do 20.06.2015 r. Konsorcjum Ever Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o. wyraziło zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą do 20.05.2015 r. i do tego dnia przedłużył ważność wadium. Odwołujący oświadczył iż pozostaje związany ofertą na przedłużony okres do dnia 07.07.2015 r. i również do tego dnia przedłużył ważność wadium.

Odwołujący wskazał, iż obowiązkiem wykonawców było uwzględnienie przy obliczeniu przedłużenia terminu związania ofertą okresu zawieszenia biegu i uwzględniając tę okoliczność, zgodnie z art. 85 ust. 4 ustawy, przedłużyć ważność wadium lub wnieść nowe wadium. Niewłaściwe obliczenie terminu o jaki należało przedłużyć termin związania ofertą oraz ważność wadium powoduje to, że aktualizuje się obowiązek wykluczenia

Sygn. akt: KIO 1064/15, KIO 1067/15 9

wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe Odwołujący stwierdził, iż wybrana oferta, jaki i oferty pozostałych wykonawców powinny zostać przez Zamawiającego odrzucone.

Sygn. akt KIO 1067/15

W odwołaniu oznaczonym sygn. akt KIO 1067/15 Odwołujący – ISS Facility Services Sp. z o.o. z/s w Warszawie (dalej jako ISS), zaskarżył czynność oceny i wyboru oferty wykonawcy Impel Cleaninig Sp. z o.o. z/s we Wrocławiu, wskazując na zaniechanie odrzucenia tej oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W wyniku wadliwych Zamawiającemu postawione zostały zarzuty naruszenia przepisów ustawy, tj. art. 89 ust. 1 pkt 4 poprzez zaniechanie odrzuceni oferty Impel oraz art. 7 ust. 1 i 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez naruszenie zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz udzielenie zamówienia wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z przepisami ustawy, z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Impel pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert, odrzucenia oferty Impel na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 91 ustawy i zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny w ofercie Impel, Odwołujący opierał się na stwierdzeniu, iż Zamawiający nie dokonał szczegółowego badania oraz oceny oferty Impel, co doprowadziło do jej wyboru pomimo, że zachodzą przesłanki do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Z uwagi na brak dostępu do dokumentów przedłożonych przez Impel, w tym wyjaśnień jakich udzielił w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, zastrzeżonych jako zawierających informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa,

Odwołujący opierał swoje zarzuty na dokonanej przez siebie kalkulacji w oparciu o informacje zawarte w dokumentacji przetargowej oraz rynkowe stawki cen usług będących przedmiotem zamówienia oraz wysokości kosztów wykonania tychże usług.

Ponieważ zasadniczy koszt wykonania usługi oparty jest na wynagrodzeniach pracowników, którego podstawę kalkulacji stanowi minimalne wynagrodzenie za prace ustalone na podstawie art. 2 ust 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym

Sygn. akt: KIO 1064/15, KIO 1067/15 10

wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314), a do wykonania zamówienia konieczne jest zapewnienie przynajmniej 68 etatów, to przy założeniu że wszyscy pracownicy uzyskiwać będą minimalną stawkę wynagrodzenia za pracę, koszt samych wynagrodzeń wyniesie 119 000,00 zł. bez kosztów pracodawcy oraz zastępstw chorobowych i rezerw urlopowych. Odwołujący przypuszcza, że do kalkulacji ceny Impel mogło założyć zatrudnienie wyłącznie osób o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności i w związku z tym kalkulacja ta uwzględnia kwotę pomocy publicznej w ramach dofinansowania do wynagrodzeń z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych (dalej „PFRON”), co wpłynęło na obniżenie wysokości ceny, ale jednocześnie rodziło szereg konsekwencji, których Impel prawdopodobnie nie uwzględnił w kalkulacji. Wykonawca w takiej sytuacji powinien przewidzieć większą ilość etatów niż założona obecnie przez Zamawiającego ilość 68 etatów, z uwagi na maksymalny – 7 godzinny wymiar pracy pracowników niepełnosprawnych zaliczonych do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności, co przekładałoby się na większą ilość roboczogodzin oraz większą rezerwę na wynagrodzenia urlopowe pracowników.

Odwołujący przypuszcza również, iż Impel nie dokonał w sposób należyty oszacowania roboczogodzin pracowników zgodnie z wymogami dotyczącymi czasu pracy osób niepełnosprawnych, tj. art. 15 ust. 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2011 r., nr 127, poz. 721 z późn. zm), zgodnie z którym czas pracy osoby niepełnosprawnej zaliczonej do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności nie może przekraczać 7 godzin na dobę i 35 godzin tygodniowo. Powyższe uzasadnia zatem twierdzenie, iż cena została oszacowana błędnie, nie uwzględnia rzeczywistego kosztu wynagrodzenia pracowników, a w związku z tym stanowi cenę rażąco niską.

Odwołujący zwrócił również uwagę na zasady oszacowania wysokości kwot podlegających zapłacie tytułem składek na ubezpieczenie wypadkowe, ustalanych w oparciu o podstawowy przedmiot działalności gospodarczej, który przypisany jest do danej grupy ryzyka. W przypadku Impel (zgodnie z informacjami ujawnionymi w REGON) podstawowym typem działalności jest działalność usługowa związana z utrzymaniem porządku w budynkach i zagospodarowaniem terenów zieleni, objęta kodem PKD N-81, należąca do kategorii ryzyka 4. Wysokość stopy procentowej składki na ubezpieczenie wypadkowe stanowi 1,20%, a dla Odwołującego jest to stopa 0,67% (wynikająca z kategorii ryzyka 2 dla działalności podstawowej jaką jest *działalność związana z zakwaterowaniem i usługami gastronomicznymi*). W związku z powyższym koszt wynagrodzeń pracowniczych Odwołującego jest znacząco niższy niż koszt Impel, czyniąc ofertę Odwołującego korzystniejszą nawet o około 7.000,00 zł miesięcznie).

Sygn. akt: KIO 1064/15, KIO 1067/15 11

Odwołujący wskazał również na koszt prania mopów jako istotną pozycję w kalkulacji ceny. Stawka rynkowa to ok. 7,00- 8,00 zł za wypranie 1 kg mopów, zatem koszt prania w ujęciu miesięcznym stanowić będzie kwotę ok. 55.000,00 zł. Jednocześnie należy zauważyć, iż Zamawiający wymaga wykonania zamówienia przy użyciu tzw. „mopów jednego kontaktu” co oznacza, że dziennie należy założyć wykorzystanie ok. 1500 szt. Wątpliwym, zdaniem Odwołującego jest, aby Impel uwzględnił rzeczywisty koszt prania mopów.

Zamawiający dysponuje dokumentacją (ofertą cenową i wyjaśnieniami), która pozwala na zbadanie oraz ocenę przedstawionych ofert pod kątem rażąco niskiej ceny. Odwołujący zwrócił uwagę, iż wcześniejsza czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została unieważniona na skutek wykonania wyroku KIO z dnia 18 marca 2015 r., sygn. akt KIO 398/15, w którym Zamawiający został zobowiązany do wezwania wykonawców do

złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy. Odwołujący nie przystąpił wówczas do postępowania odwoławczego, a zatem nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, czy to na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy, czy też art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy. Obecne zarzuty Odwołującego również nie mogą być uznane za spóźnione, gdyż dopiero po wyczerpaniu procedury zmierzającej do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, Zamawiający mógł dokonać odrzucenia oferty Impel, a pomimo wystąpienia ku temu przesłanek dokonał jej wyboru.

Stanowisko Izby

Izba na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 5 czerwca 2015 r. uznała, iż nie zachodzą przeszkody formalne uniemożliwiające rozpoznanie merytoryczne zarzutów i skierowała oba odwołania na rozprawę, do udziału w której dopuszczeni zostali wykonawcy, którzy w terminie zgłosili przystąpienia do postępowań odwoławczych w sprawach połączonych. Po stronie Zamawiającego: Impel Cleaning Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 1064/15 i KIO 1067/15), ISS Facility Services Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 1064/15), po stronie Odwołującego w sprawie KIO 1067/15 Konsorcjum Clar.

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „ustawą”.

Przedmiotem zaskarżenia w obu odwołaniach są powtórzone czynności oceny ofert wykonawców Impel Cleaninig Sp. z o.o. oraz dodatkowo w odwołaniu Konsorcjum Clar

Sygn. akt: KIO 1064/15, KIO 1067/15 12

wykonawców: ISS Facility Service Sp. z o.o., konsorcjum Ever Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o., a także ich wynik wyrażony czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Impel Cleaning Sp. z o.o. Zaskarżone czynności stanowiły rezultat nakazanych wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.03.2015 r. (sygn. akt KIO 398/15) czynności zmierzających do wyjaśnienia wysokości cen w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Zamawiający dokonał wezwania powyższych wykonawców do złożenia wyjaśnień pismami z dnia 9.04.2015 r., a ponadto pismem z dnia 15.04.2015 r. wezwał wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą o 60 dni. W wyniku przeprowadzonych czynności Zamawiający wskazał, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. (przynając 100 pkt), następnie w kolejności wskazane zostały oferty wykonawców: ISS Facility Services Sp. z o.o. (87,58 pkt), oferta Odwołującego (69,35 pkt), konsorcjum firm Ever Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o. (oferta odrzucona), konsorcjum DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. (oferta odrzucona).

Powyższe ustalenia stanowią ogólny zarys okoliczności, w jakich doszło do ustalenia wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba na posiedzeniu oddaliła wniosek Przystępującego Impel Cleaning Sp. z o.o. o odrzucenie odwołania ISS Facility Services Sp. z o.o., jako spóźnionego. Przystępujący podnosił, iż ISS Facility Services Sp. z o.o. powinno było zgłaszać zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny wcześniej, tj. już przy pierwszej czynności oceny ofert. Z uwagi na tożsamość zarzutów i okoliczności faktycznych z zarzutami podnoszonymi w odwołaniu z dnia 2 marca 2015 r., sygn. akt KIO 398/15, zachodzić ma przesłanka do odrzucenia odwołania z art. 189 ust. ... ustawy.

W ocenie Izby, wniosek Przystępującego nie mógł odnieść skutku, z uwagi na odmienne okoliczności sprawy wynikające z przeprowadzonych czynności poprzedzających ponowny wybór oferty najkorzystniejszej. Nie można było przyjąć, a co uczynił Przystępujący, iż powtórzone czynności oceny ofert podjęte były w takich samych okolicznościach faktycznych, jakie istniały przy pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Bezspornie przeczy temu fakt, że przy ponownej ocenie ofert Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające, o jakim mowa w art. 90 ustawy, nakazane wyrokiem Izby z dnia 18 marca 2015 r. To ocena tych wyjaśnień przez Zamawiającego wprowadzała nową wartość dodaną w postępowaniu, przez uznanie, iż nie zachodziły przesłanki do odrzucenia ofert z uwagi na rażąco niską cenę. Nie budzi zastrzeżeń tak w orzecznictwie, jak i doktrynie, iż bez przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego czynność odrzucenia oferty, czy to na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy,

czy też art. 90 ust. 3 ustawy, oceniana powinna być jako przedwczesna. Wynika to przede wszystkim z konieczności zapewnienia przejrzystości postępowania, tak aby motywami jakimi kierował się Zamawiający przy podejmowaniu decyzji o odrzuceniu oferty mogły być

Sygn. akt: KIO 1064/15, KIO 1067/15 13

poznane i poddane weryfikacji przez wykonawców i organy zewnętrzne, w tym również Krajową Izbę Odwoławczą. Przy powtórzonej czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, zmieniły się okoliczności w jakich Zamawiający podejmował decyzję, gdyż faktycznie dopiero na tym etapie postępowania Zamawiający dokonał weryfikacji wyjaśnień wykonawców wezwanych do ich złożenia dopiero po unieważnieniu pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W ocenie Izby, zupełnie niezrozumiałe jest utożsamianie zarzutu zaniechania odrzucenia ofert z zarzutem zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień. Oba sprowadzają się wprawdzie do analizy ofert pod kątem możliwości złożenia rażąco niskiej ceny, jednak ich zakres i cel nie jest taki sam. Dopiero bowiem po zakończeniu procedury mającej na celu zweryfikowanie rzetelności kalkulacji możliwe jest stwierdzenie, czy zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty, jako rżąco niskiej. W świetle powyższego Izba uznała, iż odwołanie ISS Facility Services Sp. z o.o. nie było wniesione z uchybieniem terminu na zaskarżenie powtórzonej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, której podjęcie poprzedzało uznanie przez Zamawiającego wyjaśnień wybranego wykonawcy, jako dostatecznych i dowodzących realności zaoferowanej ceny.

Przystępując do rozpoznania odwołań, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy, tj. istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołujących szkody w wyniku kwestionowanych czynności. Przechodząc do tej oceny należało uwzględnić, iż zakres zarzutów i żądań z nich wynikających wskazywały na potrzebę ochrony interesu Odwołujących w uzyskaniu zamówienia, przez wzruszenie wyniku oceny konkurencyjnych ofert z tym zastrzeżeniem, iż czynność zaniechania odtajnienia wyjaśnień konsorcjum Ever Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o. nie mogła naruszać interesu Odwołującego Konsorcjum Clar, gdyż oferta tego wykonawcy została odrzucona, a czynności tej nie zaskarżyło zainteresowane konsorcjum Ever Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o. W konsekwencji powtórzonych czynności, zgodnie z żądaniami Odwołujących, Zamawiający zobowiązany będzie do odrzucenia oferty wskazanej obecnie, jako najkorzystniejsza (Impel Cleaning Sp. z o.o.), a także kolejnych za nią ofert wykonawców, umożliwiając zmianę wyniku postępowania na korzyść Odwołujących.

W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno prawne do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Sygn. akt: KIO 1064/15, KIO 1067/15 14

Przy rozpoznaniu odwołania Izba miała na uwadze całokształt okoliczności ustalonych w sprawie przy rozstrzygnięciu w przedmiocie podniesionych zarzutów, które to ustalenia znajdują się poniżej.

A. W sprawie odwołania konsorcjum Clar - sygn. akt KIO 1064/15.

Izba w pierwszej kolejności odniesie się do zarzutu dalej idącego, tj. naruszenia art. 90 ust. 1 i 2, art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wadliwej oraz dowolnej oceny złożonych wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawców: Impel Cleaning Sp. z o.o., ISS Facility Services Sp. z o.o. i Konsorcjum Ever Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o., co w szczególności przejawiało się w uznaniu rzeczonych wyjaśnień za potwierdzające brak podstaw do uznania cen powyższych wykonawców za rażąco niską pomimo, że wykonawcy ci nie przedstawili Zamawiającemu dowodów na potwierdzenie okoliczności podnoszonych przez nich w rzeczonych wyjaśnieniach, podczas gdy wyrokiem KIO z dnia 18 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 398/15) KIO nakazała Zamawiającemu wezwać powyższych wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy określając zarazem w uzasadnieniu wyroku dokładny sposób i podstawy dokonywania oceny złożonych wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny, w tym oparcie oceny tychże wyjaśnień na przedłożonych przez wykonawców dowodach.

Na wstępie Izba uznała, iż pomimo braku wskazania na podstawę prawną z art. 90 ust. 3

ustawy opis zarzutu, zawarty w stwierdzeniu o bezzasadności uznania wyjaśnień wykonawców za potwierdzające brak podstaw do uznania cen za rażąco niskie, wskazuje pośrednio na przesłankę odrzucenia ofert na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy. Tym samym Izba uznała, iż przedmiotem zarzutu nie jest objęta wyłącznie sama ocena wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, ale również jej skutek, czyli zaniechanie odrzucenia ofert, jako zawierających rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W świetle tak określonego zakresu zarzutu, Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający pismami z dnia 09.04.2015 r. wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny takich jak: przedstawienie kalkulacji i kosztów zatrudnienia pracowników oraz wpisanie w tabeli ilości roboczogodzin i ilości etatów (lit. a - tabela), kosztów związanych z realizacją usługi (lit. b). Zamawiający zamieścił uwagę, iż w przypadku gdy wynagrodzenie pracowników korzysta ze zwolnienia ze składek na Fundusz Pracy i/lub Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych albo wykonawca korzysta z dopłat z tytułu ich wynagrodzenia, należy ten fakt wykazać i udowodnić, wskazując jednocześnie, którzy pracownicy takiemu zwolnieniu i na jakiej podstawie prawnej podlegają (osobowo lub procentowo). Wykonawca powinien

Sygn. akt: KIO 1064/15, KIO 1067/15 15

również wskazać (osobowo lub procentowo) pracowników zatrudnionych u niego w niepełnym wymiarze czasu pracy, którzy będą otrzymywać wynagrodzenia z innego miejsca pracy, a także wskazać, jaki przyjął wskaźnik kosztów zwolnień lekarskich i urlopów pracowniczych.

Wszystkie złożone Zamawiającemu wyjaśnienia zostały objęte przez wykonawców klauzulą poufności, jako zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, stąd ich treść nie była znana Odwołującemu.

Argumentacja Odwołującego opiera się na stanowisku zajęтым przez wykonawcę Impel Cleaning Sp. z o.o. zawartym w piśmie z dnia 30.04.2015 r., stanowiącym odpowiedź na wniosek Zamawiającego o wyrażenie zgody na udostępnienie wyjaśnień w całości lub części innym wykonawcom. W ocenie Odwołującego, z pisma wykonawcy wynika, że informacje składające się na wyjaśnienia co do rażąco niskiej ceny odnoszą się do ogólnego przywołania okoliczności, które miałyby przesądzać o uznaniu informacji zawartych w wyjaśnieniach jako tajemnice przedsiębiorstwa.

Oceniając wyjaśnienia Izba miała na uwadze, iż czynność ta została nakazana Zamawiającemu wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.03.2015 r., który zapadł z uwzględnieniem okoliczności ustalonych w postępowaniu odwoławczym, a które doprowadziły Izbę do podejrzenia zaferowania rażąco niskich cen. W postępowaniu odwoławczym prezentowane były wyliczenia dotyczące kosztów pracy pracowników, a także inne koszty wykonania zamówienia, jak zakup i utrzymanie czystości czy innych materiałów, które ulegają zużyciu (jak środki czystości i do dezynfekcji, ściereczki, worki na odpady, papier toaletowy i ręczniki), ale również wskazano na znaczny udział w wykonaniu usługi kosztu prania mopów, którego wysokość w skali miesiąca została obliczona przez ówczesnego odwołującego na kwotę 41.550 zł. miesięcznie. Koszt prania mopów stanowił również obecnie istotny element zarzut podnoszonego przez Odwołującego w sprawie KIO 1067/15 - ISS Facility Services Sp. z o.o., który przedstawił wyliczenie przy założeniu połowy stawki rynkowej za pranie 1 kg mopów, wskazujące na jego wysokość w skali miesiąca - 19.543 zł. Według szczegółowego zakresu wykonania usługi (załącznik nr 3 do siwz) – pkt 19-21 – Zamawiający wymaga do realizacji usługi nowych mopów, tzw. „mopów 1 kontaktu” czyli do każdego pomieszczenia kolejny. Mopy należy oddać do prania do pralni przemysłowej, a mopy oznakowane „BO” mają być prane w oddzielnej pralni. Zamawiający nie wyraził zgody na pranie mopów w WSD.

Wysokość cen w tym postępowaniu za całość usługi kształtuje się na poziomie:

- 8.899.654,54 zł i deklarowanym okresem utrzymania ceny 21 miesięcy (EVER GRUPA Sp. z o.o. oraz PROPEL System Sp. z o.o.),

Sygn. akt: KIO 1064/15, KIO 1067/15 16

- 9.022.813,92 zł i deklarowanym okresem utrzymania ceny 24 miesiące (Impel Cleaning Sp. z o.o.),

- 10.021.032,00 zł i deklarowanym okresem utrzymania ceny 22 miesięcy (ISS Facility Services Sp. z o.o.),
- 12.270.986,88 zł i deklarowanym okresem utrzymania ceny 12 miesięcy (DGP Clean Partner Sp. z o.o., DGP DOZORBUD GRUPA Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o. oraz Seban Sp. z o.o.),
- 12.234.401,28 zł i deklarowanym okresem utrzymania ceny 16 miesięcy (konsorcjum Clar).

Uwzględniając zasady na jakich przeprowadzane jest postępowanie wyjaśniające, opisane w art. 90 ustawy, Izba przyjęła, iż na obecnym etapie istotnym dla rozstrzygnięcia o zasadności zarzutu było ustalenie, czy Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny złożonych wyjaśnień, jako rozwiewających wątpliwości w odniesieniu do cen, pozwalających na katagoryczne stwierdzenie, że cena została skalkulowana poprawnie i uwzględnia wszystkie koszty wykonania zamówienia.

Odnosnie wyjaśnień konsorcjum EVER GRUPA Sp. z o.o. oraz PROPEL System Sp. z o.o., nie można pominąć, iż Zamawiający w wyniku powtórzonych czynności odrzucił ofertę tego wykonawcy jako niezgodną z treścią siwz. Ponieważ wykonawca nie odwołał się od decyzji Zamawiającego i był ona ostateczna w dniu posiedzenia Izby, należało uznać, iż podtrzymywanie tego zarzutu na rozprawie nie było celowe, gdyż nawet przyjęcie, że ocena wyjaśnień przeprowadzona przez Zamawiającego była nieprawidłowa, to naruszenie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy nie mogło wpłynąć na wynik postępowania, a zatem nawet uwzględnienie tego zarzutu nie wpływałoby na uwzględnienie odwołania w związku z brzmieniem art. 192 ust. 2 ustawy. Na marginesie Izba wskazuje, iż sama treść wyjaśnień z dnia 10.04.2015 r. nie zawierała żadnej konkretnej informacji mogącej mieć walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Ewentualnie jedynie tabela prezentująca kalkulację i koszty zatrudnienia pracowników (lit. b) mogła dostarczać informacji o strukturze zatrudnienia przyjętej dla tego zamówienia. Pozostała treść wyjaśnień sprowadzała się w zasadzie do przywołania definicji tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z wykładnią przesłanek skuteczności dla takiego zastrzeżenia, a także przywołania treści przepisów powszechnie obowiązujących. W ocenie Izby, wyjaśnienia te należało ocenić jako ogólnikowe pozbawione merytorycznej wartości dla oceny rzetelności kalkulacji ceny ofertowej. Pomimo potwierdzenia się zarzutu w tym zakresie Izba nie uwzględniła w tej części odwołania, z uwagi na przyczyny o których była już mowa.

Odnosnie wyjaśnień Impel Cleaning Sp. z o.o. Izba uznała, iż przyjęta w nich kalkulacja kosztu prania mopów, powinna skłonić Zamawiającego do oceny wyjaśnień jako

Sygn. akt: KIO 1064/15, KIO 1067/15 17

niewystarczających i wskazujących na zaniżenie kosztów wykonania usługi w stopniu uniemożliwiającym należyte wykonanie usługi. Na rozprawie w zasadzie ciężar uwagi stron skupiony był na kosztach wynagrodzenia pracowników, w tym prawidłowym wyliczeniu ilości etatów, potrzebnej do wykonania zamówienia. Po zapoznaniu się z treścią wyjaśnień koszt ten w ofercie Impel Cleaning Sp. z o.o. nie odbiegał znacząco od kalkulacji Odwołującego Konsorcjum Clar, czy też Odwołującego ISS Facility Service Sp. z o.o., a przyjęta do kalkulacji ilość etatów była nawet wyższa od tej wyliczonej przez Odwołującego ISS Facility Services Sp. z o.o. Istotną okazała się natomiast jedna z pozycji pozostałych kosztów wykonania usługi (z załącznika nr 2, str. 10 wyjaśnień z dnia 16.04.2015 r.) – *pranie mopów, pranie ekstrakcyjne rolet, verticali, pranie tapicerki*. Przyjęty w kalkulacji Impel Cleaning Sp. z o.o. koszt miesięczny prania w sposób drastyczny odbiegał od kalkulacji innych wykonawców, czego Zamawiający miał świadomość. W ocenie składu orzekającego, nie można pominąć, że pozycja ta była jedną z kilku, na jakie wskazała Izba w wyroku z 18.03.2015 r., istotnych dla kalkulacji kosztów świadczenia usługi. Stanowiła ona jedną z okoliczności, jaką Izba miała na uwadze przy stwierdzeniu możliwości zaoferowania rażąco niskiej ceny, uzasadniającego wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień. W związku z powyższym sam wykonawca wezwany w trybie art. 90 ustawy powinien był wykazać Zamawiającemu, iż możliwe będzie wykonanie usługi prania mopów, stanowiącej istotny element dla całości realizacji świadczenia utrzymania czystości. W wyjaśnieniach nie ma żadnego dowodu, czy też wyliczenia, które pozwalałoby Zamawiającemu na uznanie, iż możliwe będzie wykonanie usługi po zaproponowanej cenie. Wprawdzie wynagrodzenie pracowników stanowiło w tym postępowaniu najważniejszy ze składników kosztotwórczych, to jednak nie można marginalizować znaczenia dla kalkulacji ceny ofertowej pozycji dotyczącej prania mopów. Zachowuje ona samodzielność przy tym zamówieniu, gdyż

zasadniczy koszt usługi pochłaniają wynagrodzenia dla pracowników, a tym samym nie ma możliwości zbilansowania kosztu prania mopów. Przesądzającym dla stwierdzenia wypełnienia przesłanki odrzucenia oferty Impel Cleaning Sp. z o.o. był poziom różnicy kosztu tego elementu zamówienia, znaczący dla wartości całej oferty. Po przemnożeniu wartości tej pozycji przez okres 12 miesięcy, widać rzeczywisty wpływ tego elementu na wysokość ceny. Według wycień Odwołujących wartość usługi prania mopów może (w zależności od wysokości upustów) wynieść nawet ok. 2 mln. zł. na całym kontrakcie. Przyjmując najniższą z ofert, jaką zaprezentował w wyjaśnieniach wykonawca ISS Facility Service, wartość tej usługi jest prawie pięciokrotnie wyższa od kalkulacji Impel Cleaning Sp. z o.o. Przy braku uzasadnienia w wyjaśnieniach tak niskiego poziomu kosztu prania mopów Zamawiający nie mógł stwierdzić, iż za zaoferowaną cenę możliwe będzie wykonanie przedmiotu zamówienia, a tym samym należało uznać, iż wyjaśnienia dostarczyły podstawy do stwierdzenia, że cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Sygn. akt: KIO 1064/15, KIO 1067/15 18

W związku z powyższym Izba uwzględniła odwołanie Konsorcjum Clar uznając, że naruszenie do jakiego dopuścił się Zamawiający miało istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż wybrano ofertę podlegającą odrzuceniu, czy to na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy, czy też art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Odnośnie wyjaśnień ISS Facility Services Sp. z o.o. Izba uznała, iż Zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia tego wykonawcy złożone w piśmie z dnia 15.04.2015 r., jako pozwalające na przyjęcie ceny jako realnej, umożliwiającej należyte wykonanie zamówienia. Również odnośnie tych wyjaśnień szczególne znaczenie Izba przypisała kalkulacji kosztu prania mopów, przy porównywalnym, z pozostałymi wykonawcami, poziomie kosztów wynagrodzenia pracowników, w tym przyjętej ilości etatów. Ponieważ do wyjaśnień załączona została oferta podmiotu zewnętrznego prania mopów, pozwalająca na przyjęcie kalkulacji, jako uwzględniającej realia rynkowe, Izba stwierdziła, że Zamawiający mógł uznać wyjaśnienia za przekonujące. Jak wynika z wycień Konsorcjum Clar prezentowanych w sprawie KIO 398/15, różnica w cenach zaoferowanych wynikała w dużej części z kalkulacji tego elementu przedmiotu zamówienia. Tym samym Izba oddaliła zarzut skierowany wobec oceny wyjaśnień złożonych przez ISS Facility Services Sp. z o.o.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) poprzez bezpodstawne: uznanie, że wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez wykonawców Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz ISS Facility Services Sp. z o.o. i konsorcjum firm Ever Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o., co do rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tych podmiotów zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zaniechanie odtajnienia wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez wykonawców: Impel Cleaning Sp. z o.o., ISS Facility Services Sp. z o.o. i Konsorcjum Ever Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o.

Izba uwzględniła w części, co do wyjaśnień wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz ISS Facility Services Sp. z o.o. W odniesieniu do wyjaśnień konsorcjum Ever Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o., naruszenie przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania, a tym samym odwołanie nie mogło być uwzględnione, o czym była już mowa powyżej.

Izba ustaliła, iż w piśmie z dnia 30.04.2015 r. wykonawca Impel Cleaning Sp. z o.o. uzasadniając brak zgody na udostępnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wskazał między innymi, iż informacje ujawnione w złożonych wyjaśnieniach dotyczących kalkulacji ceny oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż na ich

Sygn. akt: KIO 1064/15, KIO 1067/15 19

podstawie powziąć można informację o przyjętej przez Wykonawcę strategii cenowej, wypracowanych i zdobytych wraz z doświadczeniem procedurach kształtowania i szacowania ryzyk związanych z realizacją zamówienia oraz pozwalają pozyskać dane o uzyskanych przez Wykonawcę od swoich dostawców rabatach i upustach. Ponadto informacje te stanowią finansowy obraz poszczególnych rozwiązań zastosowanych dla

przedmiotowego zamówienia oraz ujawniają informacje o rodzaju zastosowanych rozwiązań oraz przyjętej przez Wykonawcę strategii cenowej. Ujawnienie powyższych danych jest zasadne, jako że obejmują one indywidualny program kształtowania struktury zatrudnienia, stworzony przez Wykonawcę wyłącznie na potrzeby niniejszego przetargu i uwzględniający specyficzne cechy.

Wykonawca ISS Facility Services Sp. z o.o. nie argumentował szerzej ponad treść wyjaśnień, zasadności utrzymania klauzuli poufności

Izba uznała, iż wyjaśnienia obu wykonawców dostarczały informacji istotnych z punktu widzenia budowania przewagi nad konkurencją przy tego rodzaju usługach, o której decyduje umiejętność obniżenia kosztów osobowych, w taki sposób, aby z jednej strony zapewnić minimalny poziom wynagrodzeń nałożony bezwzględnie obowiązującymi przepisami, przy jednoczesnym spełnieniu wymagań konkretnego zamawiającego. Z uwagi na niewielką różnicę kosztów osobowych w obu ofertach, znaczenia nabierały utrzymanie w tajemnicy informacje o strategii zatrudnienia, która pozwala na wypracowanie minimalnej przewagi, nad konkurencją. Ponieważ obaj wykonawcy odnosili się do rodzaju pracowników i sposobu kalkulacji kosztów, w tym źródeł pomocowych, nie było możliwym wskazanie konkretnych akapitów, które mogłyby być odtajnione bez ryzyka ujawnienia chociażby szczątkowo informacji prawnie chronionej.

W ocenie Izby, pozostałe informacje związane z wyczeniem ilości etatów i roboczogodzin, a także pozostałych kosztów związanych z wykonaniem usługi nie miały tego rodzaju wartości, która uzasadniałaby utrzymanie ich w poufności. Odnośnie ilości etatów potrzebnych do wykonania zamówienia nie można mówić o ich znaczeniu gospodarczym dla danego wykonawcy i jego pozycji na rynku. Wypełnione tabele stanowiły wyłącznie potwierdzenie informacji zawartych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do nakładu czasu pracy wynikającego z częstotliwości wykonania usługi określonej przez Zamawiającego. Nie można było zatem uznać, iż wiedza ta była znana wyłącznie danemu wykonawcy i jako unikalna pozwala na jej wykorzystanie w szerszym spektrum, niż wykonanie tego konkretnego zamówienia. Samo wyczenie ilości roboczogodzin oraz etatów dla tego zamówienia nie dostarczało żadnej wiedzy co do sposobu tego wyczenia, jak również indywidualnych rozwiązań stosowanych w przedsiębiorstwach. Tym samym Izba uznała, iż w tym zakresie oba wyjaśnienia powinny być odtajnione przez Zamawiającego, a

Sygn. akt: KIO 1064/15, KIO 1067/15 20

w związku z uwzględnieniem zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Impel Cleaning Sp. z o.o., celowym stało się ujawnienie tej treści wyjaśnień, przed ponowną oceną ofert.

Z podobnych względów Izba uznała, iż kalkulacje kosztów ujętych w punkcie B) wezwania Zamawiającego z dnia 10.04.2015 r., nie wypełniają przesłanki do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wprawdzie stanowią one własne wyczenia wykonawców, to jednak nie dostarczają informacji o podstawach tych wyczeń, czy też źródłach umożliwiających niższe oszacowanie kosztów. Pozwalają natomiast na ogólną weryfikację zgodności ofert z wymaganiami Zamawiającego i z tego powodu powinny być udostępnione zainteresowanym uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarzut naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 85 § 4 i 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do prawidłowego obliczenia do kiedy wykonawcy zobowiązali się pozostać związani złożoną ofertą oraz czy zabezpieczyli ofertę wadium na cały okres związania ofertą, przez co Zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawców: Impel Cleaning Sp. z o.o., ISS Facility Services Sp. z o.o. i Konsorcjum Ever Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o. z postępowania pomimo, że wykonawcy ci nie przedłużyli terminu związania ofertą o 60 dni z równoczesnym przedłożeniem ważności wadium na cały okres związania ofertą.

Izba oddaliła.

Jak wynika z wezwania z dnia 10.04.2015 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawców na podstawie art. 184 ustawy do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego, pod rygorem wykluczenia z postępowania, *na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy*. W odpowiedzi na to pismo konsorcjum

Clar zwróciło się w piśmie z 15.04.2015 (przekazana mailem Zamawiającemu w tym samym dniu) o doprecyzowanie okresu, na jaki wykonawcy mają przedłużyć wadium lub wnieść nowe. Wykonawca wystąpił o doprecyzowanie lub potwierdzenie przez Zamawiającego, że wadium powinno zostać przedłużone (lub wniesione nowe) na okres 60 dni odpowiadający okresowi, o który winien być przedłużony przez wykonawców termin związania ofertą. Zamawiający pismem z dnia 15.04.2015 r. zwrócił się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy o **60 dni, tj. do dnia 18.06.2015 r.**

Mając na uwadze treść pisma Zamawiającego z dnia 15.04.2015 r., w ocenie Izby bezzasadnym było stanowisko Odwołującego, dla którego punkt wyjścia stanowiło wyliczenie terminu określonego datą końcową (05.07.2015), uwzględniającego wydłużony o 60 dni

Sygn. akt: KIO 1064/15, KIO 1067/15 21

okres związania ofertą. Rozważania Odwołującego okazały się być nieprzydatnymi, gdyż w ocenie Izby dla wykonawców wiążące było wskazanie w wezwaniu terminu oznaczonego datą końcową, a nie czasookresem. Wykonawcy nie mogą ponosić konsekwencji błędu Zamawiającego, który z przyczyn tylko sobie znanych wskazał datą końcową terminu nie uwzględniający pełnego okresu kolejnych 60 dni.

Wykonawca Impel Cleaning Sp. z o.o. wyraził w oświadczeniu z dnia 17.04.2015 r. zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni zaś ważność wadium przedłużył do dnia 29.06.2015 r. włącznie. Wykonawca DGP Dozrbud Grupa Polska Sp. z o.o. oświadczył, iż przedłuży termin związania ofertą do dnia 05.07.2015 r. ale nie wniósł wadium na przedłużony termin związania ofertą. Wykonawca ISS Facility Service Sp. z o.o. wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, a ważność wadium przedłużył do 20.06.2015 r. Konsorcjum Ever Grupa Sp. z o.o. i Propel System Sp. z o.o. wyraziło zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą do 20.05.2015 r. i do tego dnia przedłużył ważność wadium. Odwołujący oświadczył iż pozostaje związany ofertą na przedłużony okres do dnia 07.07.2015 r. i również do tego dnia przedłużył ważność wadium.

Ponieważ każdy z wykonawców wraz ze zgodą na przedłużenie terminu związania ofertą wydłużył ważność wadium co najmniej do 18.06.2015 r., nie ziszcza się przesłanka do wykluczenia wykonawców określona w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a tym samym odwołanie w zakresie tego zarzutu podlegało oddaleniu.

B. W sprawie odwołania ISS Facility Services Sp. z o.o. – KIO 1067/15.

Zamawiającemu postawiono zarzuty naruszenia przepisów ustawy, tj. art. 89 ust. 1 pkt 4 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz art. 7 ust. 1 i 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez naruszenie zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz udzielenie zamówienia wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z przepisami ustawy, z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Impel Cleaning Sp. z o.o. pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba uwzględniła odwołanie mając na uwadze ustalenia oraz rozważania poczynione przy rozpoznaniu tożsamego rodzajowo zarzutu podniesionego w odwołaniu Konsorcjum Clar.

Mając powyższe na względzie oba odwołania podlegały uwzględnieniu.

Sygn. akt: KIO 1064/15, KIO 1067/15 22

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy wniesione do każdego z odwołań połączonych do wspólnego rozpoznania i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1064/15, KIO 1067/15 23

