

WYROK
z dnia 19 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2015 r. przez Odwołującego – M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPHU „LASPOL” M. P., w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miasto Opole, przy udziale wykonawcy – BILPOL-K. sp. k. z siedzibą w Chorzowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPHU „LASPOL” M. P. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPHU „LASPOL” M. P. tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Opolu.

Przewodniczący:

1

Uzasadnienie

Miasto Opole (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z podziałem na części pn.: „Utrzymanie terenów zieleni miejskiej” (znak sprawy: IM-ZP.271.2.6.2015), zwane dalej: „Postępowaniem”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 lutego 2015 r. pod nr 2015/S 037-063662.

W dniu 27 kwietnia 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty w części 1 zamówienia, za którą uznana została oferta złożona przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowo-Produkcyjne „BILPOL” K. B., B.J. sp. j. (dalej: „Wykonawca BP”).

W dniu 6 maja 2015 r. do Prezesa Izby wpłynęło odwołanie wykonawcy M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPHU „LASPOL” M. P. (dalej: „Odwołujący”), w którym zaskarżono ww. czynność zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez dokonanie wyboru oferty której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegający na manipulowaniu składnikami ceny w taki sposób że ceny jednostkowe niektórych pozycji są nierealne, a ich zastosowanie powoduje że zaofferowana cena ofertowa jest nierzetelna, nie określa realnych wydatków jakie na realizację zamówienia będzie musiał ponieść Zamawiający oraz przede wszystkim uniemożliwia obiektywne porównanie oferty z pozostałymi ofertami złożonymi w Postępowaniu,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy BP, jako zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy z analizy załączonego do oferty

- kosztorysu wynika, że wykonanie niektórych prac tam ujętych jest obiektywnie niemożliwe za kwoty zaproponowane przez ww. wykonawcę,
3. art. 8 Pzp przez nie ujawnienie wyjaśnień Wykonawcy BP w zakresie rażąco niskiej ceny, co w sposób bezpośredni ograniczyło możliwość weryfikacji przez Odwołującego oferty ww. wykonawcy i w konsekwencji naruszyło i znacznie utrudniło uprawnienie do wnoszenia środków ochrony prawnej,
 4. art. 7 Pzp przez przeprowadzenie Postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

2

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. odrzucenie oferty Wykonawcy BP,
3. powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,
4. zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 3.600,00 zł w sytuacji zastępstwa przez pełnomocnika na rozprawie.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ w przypadku powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia przez Zamawiającego oferty Wykonawcy BP oferta Odwołującego zostanie uznana za najkorzystniejszą w oparciu o przedstawione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) kryteria oceny, a tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp przez utratę wynagrodzenia należnego za wykonanie przedmiotowego zamówienia.

Na uzasadnienie zarzutów Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Znk”, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Następnie wyjaśnił, że w SIWZ przewidziano kryteria oceny ofert w postaci ceny i czasu reakcji na interwencje. Kryterium ceny zostało wewnętrznie podzielone na trzy kategorie: (1) utrzymanie porządku i czystości, (2) pielęgnacja zieleni niskiej, średniej i wysokiej oraz (3) konserwacja i bieżące remonty oraz urządzenie terenów parkowych, punktowane odpowiednio: 50%, 20% i 15%. Odwołujący podkreślił, że przyjęcie takiego kryterium wyboru ofert, które już samo w sobie jest dyskusyjne pod kątem należytego dysponowania środkami samorządowymi, nie może być wykorzystywane przez wykonawców w celu uzyskania zamówienia w sposób niezgodny z przepisami Pzp, a w szczególności z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji. Podał, że wprowadzenie stopniowania ceny wartości poszczególnych elementów oferty nie może być wykorzystywane w ten sposób, że w drodze przesunięć pomiędzy grupami czynności wykonawca uzyskuje najwyższą punktację, proponując jednocześnie nierealne ceny za elementy jednostkowe wchodzące w skład kosztorysu ofertowego i oferując przy okazji wyższą od pozostałych ofert ogólną cenę za realizację przedmiotowego zamówienia.

Jak wynika z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie pozycji 1, punktowanej w proporcji 50% Wykonawca BP zaoferował kwotę 30.722,04zł rocznie (122.888,16 zł za cały okres realizacji zamówienia) uzyskując 50 punktów.

3

Natomiast w pozycji 2, punktowanej w proporcji 20%, w której wartość prac jest w obiektywny sposób największa i najbardziej kosztowna, zrekomensował on sobie ceny zaoferowane w pozycji 1 podając kwotę 513.700,45 zł rocznie (2.054.801,80 zł za cały okres realizacji zamówienia). Jakkolwiek różnice w cenach w danych grupach czynności mogą stanowić element gry rynkowej, jednak nie może dziać się to za pośrednictwem czynów nieuczciwej konkurencji. Zamawiający przewidział w Postępowaniu kosztorysowy charakter wynagrodzenia, a co za tym idzie kosztorys w takim przypadku ma bardzo istotne znaczenie, gdyż stanowi on podstawę wypłaty faktycznego wynagrodzenia jakie będzie przysługiwało wykonawcy w sytuacji zawarcia z nim umowy na realizację tego zamówienia. Z tego też względu cena zaproponowana w ofercie wykonawcy powinna być rzetelna, a przede wszystkim realna do wykonania, nie tylko biorąc pod uwagę jej zbiorczy charakter, ale także

zaoferowane ceny za poszczególne, jednostkowe czynności składające się na przedmiot zamówienia. Odwołujący stwierdził, że w ofercie Wykonawcy BP znajduje się szereg pozycji, które w sposób obiektywny nie są możliwe do wykonania za wskazane tam ceny, a takie ich określenie było świadomym działaniem mającym na celu nieuczciwe wykorzystanie mechanizmu przewidzianego w SIWZ z jednoczesnym pokrzywdzeniem interesów Zamawiającego oraz Odwołującego.

Na uzasadnienie powyższej konkluzji Odwołujący podał, że:

1. w sekcji VII, poz. 4 kosztorysu Wykonawca BP proponuje zimowe oczyszczanie schodów, alejek, placyków parkowych, pomostów drewnianych, kładki na Kanale Wińskim wraz z odkuwaniem lodu i posypywaniem piaskiem na powierzchni 29.527 m² za kwotę 567,90 zł miesięcznie; przyjmując że tona piasku wystarczy na posypanie powierzchni 1.500 m², to – biorąc pod uwagę cenę rynkową za tonę piasku (30,00 zł) – wskazana przez Wykonawcę BP kwota nie wystarczy nawet na nabycie piasku, nie wspominając już o robociznie oraz innych czynnościach wchodzących w skład tej pozycji,
2. w sekcji VII, poz. 5 kosztorysu Wykonawca BP oferuje dwa razy w roku mechaniczne mycie dróg o nawierzchni bitumicznej na powierzchni 21.670 m² za kwotę 1 gr za m², czyli w skali roku w sumie 433,40 zł, co – biorąc pod uwagę chociażby koszty potrzebnej wody, czy sprzętu do wykonania tej czynności – jest absolutnie niemożliwe do wykonania,
3. w sekcji I, poz. 2 kosztorysu Wykonawca BP oferuje wykonanie trawników siewem z nawożeniem za 2.000,00 zł za ha, podczas gdy – biorąc pod uwagę samą cenę nasion traw i nawozu, bez kosztów sprzętu i robocizny i przyjmując stawkę rynkową – kwota ta wynosiłaby minimum 5.400,00 zł za ha; norma wysiewu nasion podczas zakładania trawników to min. 300 kg/ha, przy minimalnej cenie rynkowej nasion traw

4

trawnikowych na poziomie 12,00 zł za 1 kg, koszt samej trawy wynosi około 3.600,00 zł za ha; podobnie sytuacja wygląda z nawozami gdzie norma wynosi 300 kg/ha, przy minimalnej cenie rynkowej nawozu na poziomie 6,00 zł za 1 kg, co daje łączny koszt 1.800,00 zł za nawóz; należy przy tym zauważyć, że znakomitą większość kosztów założenia trawnika stanowią nie materiały, a robocizna (przygotowanie gleby, tj. przekopanie i wyrównanie, wysiew nasion, wysiew nawozów, zagrabienie nasion i nawozu oraz wałowanie terenu), która w powyższym wyliczeniu w ogóle nie została uwzględniona,

4. w sekcji IV, poz. 6 kosztorysu Wykonawca BP oferuje wykonanie zapobiegawczego opryskiwania drzew opryskiwaczem ręcznym preparatem Promanal 60EC w dawce 5 l/szt. za kwotę 60 gr, gdy cena rynkowa preparatu Promanal potrzebnego na sporządzenie 5 l cieczy roboczej (zgodnie z instrukcją producenta) oscyluje w granicach 3,50 zł;
5. w sekcji VI, poz. 2 kosztorysu Wykonawca BP oferuje wykonanie sadzenia krzewów form naturalnych na terenie płaskim w gruncie kategorii III, doły o wymiarach 0,5 x 0,5m z wywozem urobku, z całkowitym uzupełnieniem mieszanką ziemi żyznej z dodatkiem sorbentu w ilości 0,5 kg/m² za cenę 1,20 zł za sztukę, gdy koszty ziemi wraz z sorbentem znaczenie przekraczają tą kwotę, kształtując się na poziomie 6,00 zł za sztukę, nie wspominając już o kosztach robocizny,
6. w sekcji VI, poz. 3 kosztorysu Wykonawca BP oferuje sadzenie krzewów żywopłotowych na terenie płaskim w gruncie III kategorii w rowy o szer. pow. 45 cm, z wywozem urobku, z całkowitym uzupełnieniem mieszanką ziemi żyznej z dodatkiem sorbentu w ilości 0,5 kg/m² za cenę 30 gr za sztukę, gdy koszty ziemi wraz z sorbentem znaczenie przekraczają tą kwotę, która kształtuje się na poziomie 4,00 zł, nie wspominając już o kosztach robocizny,
7. w sekcji VI, poz. 4 kosztorysu Wykonawca BP oferuje sadzenia drzew form naturalnych na terenie płaskim w gruncie kategorii III, doły o wymiarach 1 x 0,7 m z wywozem urobku z całkowitym uzupełnieniem mieszanką ziemi żyznej z dodatkiem sorbentu w ilości 0,5 kg/m², z opalikowaniem 3 palami i mikoryzacją za cenę 25,00 zł za sztukę, gdy koszty ziemi wraz z sorbentem to co najmniej 12,00 zł, a koszt samych 3 palików wynosi według cen rynkowych ok. 18,00 zł, nie wspominając już o kosztach robocizny.

Odwołujący odniósł przedstawione informacje do oferty Wykonawcy BP złożonej na zadanie nr 5. W ramach tego zadania część pozycji pokrywa się z pozycjami przewidzianymi do wykonania w ramach zadania nr 1. Z tego względu Odwołujący uznał za w pełni uzasadnione z perspektywy oceny czynu nieuczciwej konkurencji wzięcie pod uwagę

5

przesunąć również w ramach dwóch ofert składanych na zadanie 1 i 5. Podkreślił, że nawet pomimo pewnych, ale niewielkich, różnic wynikających z miejsca wykonywania tych prac, rozbieżności cenowe pomiędzy tymi samymi czynnościami są tak duże, że trudno wyobrazić sobie inne niż czyn nieuczciwej konkurencji logiczne wytłumaczenie tego zjawiska. Podał, że wykonawca – bazując na pewnych założeniach i doświadczeniach z lat poprzednich co do prawdopodobieństwa faktycznego wystąpienia prac w ilości przewidzianej przez Zamawiającego na dane zadania – nie może podawać nieprawdziwych cen w jednym zadaniu i rekompensować ich w cenach na drugie zadanie. Takie działanie w sposób oczywisty narusza uczciwą konkurencję, ponieważ stawia w oczywistej gorszej sytuacji nie tylko wykonawców którzy rzetelnie określają swoje ceny, ale także i tych którzy składają ofertę tylko na jedno zadanie.

Odwołujący zwrócił uwagę w szczególności na:

1. koszenie polan parkowych i traw na terenach płaskich i skarpach z wygarbieniem i wywozem trawy (20% oceny ceny oferty) w przypadku zadania nr 1, gdzie tereny są większe i dużo łatwiejsze do pracy, zostało wycenione na cenę 1.420,00 zł za 1 ha, natomiast w przypadku zadania nr 5, gdzie prace są wykonywane w ścisłym centrum miasta na powierzchniach dużo mniejszych i trudniejszych do pracy, cena za 1 ha wynosi 990,00 zł;
2. wykonanie trawników siewem z nawożeniem w przypadku zadania nr 1
Wykonawca BP oferuje za cenę 2.000,00 zł za 1 ha, natomiast w przypadku zadania nr 5 – 4.000,00 zł za 1 ha.

Odwołujący dodał, że kolejnym przejawem nieuczciwej konkurencji w zakresie cen jednostkowych ze strony Wykonawcy BP jest fakt dokonywania przez niego pewnych założeń co do prawdopodobieństwa faktycznej konieczności wykonywania poszczególnych elementów w ilości wskazanej przez Zamawiającego. Założenia te najpewniej podyktowane są faktem realizowania przez ww. tożsamego zamówienia w latach poprzednich. Należy jednak mieć na uwadze, iż Zamawiający, zgodnie z art. 29 Pzp, miał obowiązek opisać przedmiot zamówienia z zachowaniem należytej staranności i w taki sposób aby nie utrudniało to uczciwej konkurencji. Z tego względu, pomimo iż mamy do czynienia z wynagrodzeniem określanym na podstawie kosztorysu powykonawczego, poszczególne obmiary i krotności wskazane przez Zamawiającego w SIWZ mają właśnie czynić zadość wymogom stawianym przez ustawodawcę w art. 29 Pzp. Dokonywanie własnych założeń w oparciu o doświadczenie lat poprzednich i dokonywanie przesunień pomiędzy cenami jednostkowymi prac co do których istnieje większe prawdopodobieństwo, że wystąpią w większej ilości niż przewidział Zamawiający, względem tych które raczej wystąpią w mniejszej ilości jest w sposób oczywisty niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji.

6

W powyższym zakresie Odwołujący zwrócił uwagę na następujące okoliczności:

1. w sekcji VI, poz. 2 kosztorysu na zadanie nr 1 sadzenie krzewów wyceniono na 1,20 zł za sztukę, podczas gdy w sekcji VI, poz. 1 kosztorysu obsadzanie bylinami (gdzie rodzaj pracy jest praktycznie tożsamy jednak nakład pracy i koszty wykonania są w oczywisty sposób znacznie mniejsze) wyceniono na 3,50 zł za sztukę (17,50 zł za m² / 5 szt./m²),
2. zestawiając oferty Wykonawcy BP złożone na zadania nr 1 i 5 w zakresie wycinki drzew metodą alpinistyczną proponuje on na zadanie nr 1 ceny odpowiednio (w zależności od średnicy): 5,00 zł, 20,00 zł, 155,00 zł, 255,00 zł, 355,00 zł, 455,00 zł, 456,00 zł, natomiast w przypadku zadania nr 5 ceny: 9,00 zł, 18,00 zł, 38,00 zł, 58,00 zł, 78,00 zł, 80,00 zł, 89,00 zł; Odwołujący podkreślił, że drzewostan na wyspie Bolko (zadanie nr 1) po powodzi w 1997 r. jest w bardzo złym stanie, gdyż drzewa obumierają z powodu chorób grzybowych i w związku z tym wycinek oraz pielęgnacja jest bardzo dużo, natomiast w reprezentacyjnej części Opola

(zadanie nr 5) usuwa się drzewa sporadycznie, ale ich usunięcie jest dużo trudniejsze ze względu na duży ruch pieszy, samochodowy oraz bliskość budynków; pomimo tego Wykonawca BP wycenił prace w zadaniu nr 1 znacznie drożej niż w przypadku zadania nr 5;

3. ponownie zestawiając oferty Wykonawcy BP złożone na zadania nr 1 i 5, tym razem w odniesieniu do prac z zakresu cięć pielęgnacyjnych krzewów, ww. oferuje ich wykonanie w przypadku zadania nr 1 za cenę 1,90 zł za sztukę, natomiast w przypadku zadania nr 5 – 8,00 zł za sztukę; biorąc pod uwagę leśny charakter parku na wyspie Bolko (zadanie nr 1) jest wysoce prawdopodobne, że prace te będą wykonywane w znikomym stopniu natomiast w przypadku zadania nr 5 prace te, jak pokazuje doświadczenie poprzednich lat, są wykonywane regularnie.

Odwołujący wskazał również, że opierając się wyłącznie na cenach zaoferowanych na zadanie nr 1 przez niego i Wykonawcę BP, przyjmując że Zamawiający zgodnie z art. 29 Pzp z należytą starannością opisał przedmiot zamówienia, to oferta wybrana przez niego (najkorzystniejsza według przyjętych kryteriów) wymaga zapłaty przez Zamawiającego kwoty o 64 633,48 zł wyższej niż w przypadku wyboru oferty Odwołującego. Oczywiście zdarzają się przypadki kiedy oferty z wyższą ceną mogą zostać wybrane jako najkorzystniejsze, ale dzieje się to w przypadku kiedy pozostałe, pozacenowe kryteria oceny ofert przeważają. W analizowanym stanie faktycznym jedynym takim kryterium był czas reakcji na interwencje, ale w tym zakresie obaj wykonawcy otrzymali maksymalną ilość punktów oferując taki sam czas reakcji. Z tego też względu jasnym staje się, że tylko i wyłącznie niedopuszczalne

7

z punktu widzenia uczciwej konkurencji przesunięcia w zakresie ceny poszczególnych, różnie ocenianych punktowo pozycji zdecydowały o wyborze oferty obiektywnie mniej korzystnej.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 8 Pzp Odwołujący stwierdził, że ponieważ ani wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, ani wnioski o objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa nie zostały udostępnione ciężko jest ustosunkować się bezpośrednio do zawartych tam twierdzeń. Jednak biorąc uwagę ilość bardzo wątpliwych i obiektywnie nierealnych do wykonania pozycji kosztorysowych w ofercie Wykonawcy BP oraz fakt, iż informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa muszą łącznie spełniać przesłanki wskazane w art. 11 ust. 4 Znk jest wysoce wątpliwe, że przynajmniej wszystkie wyjaśnienia spełniają te kryteria. Dodał, że posługiwanie się tajemnicą przedsiębiorstwa w celu ograniczenia środków ochrony prawnej pozostałych wykonawców jest działaniem w oczywisty sposób sprzecznym z przepisami Pzp oraz dobrymi obyczajami.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania uzasadniając wniosek w następujący sposób.

Na wstępie podkreślił, że Wykonawca BP został wezwany, w trybie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę. Zaznaczył przy tym, że ww. w wyznaczonym przez niego terminie złożył wyjaśnienia, których treść została zastrzeżona jako stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp. Wykonawca wraz z wyjaśnieniami uzasadnił zastrzeżenie dołączonych informacji jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, mających charakter organizacyjny, nie podanych do publicznej wiadomości i co do których podjął środki w celu zachowania tych informacji przed ich ujawnieniem. Zastrzeżenie powyższe Zamawiający uznał za skuteczne, tj. nie ujawnił objętych nim informacji. Podkreślił, że zastrzeżone informacje to kalkulacje własne, faktury zakupu, oferty handlowe dostawców skierowane bezpośrednio do Wykonawcy BP, zatem nie są to informacje ogólnodostępne, znane powszechnie.

Następnie Zamawiający stwierdził, że w świetle złożonych wyjaśnień uzasadniających kalkulację ceny, zarzut rażąco niskiej ceny powinien być uznany za bezzasadny. Wskazał, że nie może być powodem odrzucenia oferty na podstawie tej przesłanki zaoferowanie za jakiś element świadczenia ceny znacząco odbiegającej od cen rynkowych, a nawet ceny nierealnej. Oświadczył, że jeśli wielkość taka zostaje następnie skompensowana cenami za inne elementy świadczenia i w całości cena nie nabiera charakteru rażąco niskiego, zamawiający nie powinien ingerować w zasady przeprowadzania kalkulacji wewnętrznej dokonanej przez wykonawcę.

Zamawiającemu zasygnalizował, że zarzucane mu w odwołaniu niewłaściwe przyjęcie kryteriów oceny ofert jest spóźnione. Na postanowienia SIWZ i treść ogłoszenia o zamówieniu przysługiwały środki odwoławcze, z których żaden z wykonawców nie skorzystał.

Przyznał, że Wykonawca BP, który obecnie świadczy usługi związane z przedmiotem niniejszego zamówienia, dysponuje doświadczeniem i znajomością terenów objętych zamówieniem, co stawia go w pewnym stopniu w uprzywilejowanej sytuacji. Z powyższego nie można jednak – zdaniem Zamawiającego – czynić mu zarzutu zamawiającemu, że nierówno traktuje wykonawców.

Podał, że Odwołujący niesłusznie zarzuca Wykonawcy BP zaniżanie cen jednostkowych, ponieważ z analizy złożonych ofert wynika, że punktem odniesienia dla powyższych zarzutów niekoniecznie są ceny rynkowe, ale ceny zaoferowane przez samego Odwołującego.

Postawioną tezę Zamawiający zilustrował przykładem opartym na cenach za opryskiwanie drzew opryskiwaczem ręcznym, które – niezależnie od zadania na które wykonawcy składali oferty – kształtowały się odpowiednio:

- Zakład Komunalny sp. z o.o. – 13,00 zł/szt., –
- Park Leśny Zakład Usługowy W. G. – 0,52 – 0,60 zł/szt., –
- Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. – 13,90 zł/szt., –
- PHU Vena s.c. C. J.R. B. – 10,00 zł/szt., –
- Wykonawca BP – 0,60 zł/szt.,
- Ogród Serwis sp. j. – 5,00 zł/szt., –
- Remondis Tarnowskie Góry sp. z o.o. – 12,96 – 14,04 zł/szt., –
- Odwołujący – 50,00 zł/szt. –

Z kolei za sadzenie krzewów żywopłotowych na terenie płaskim w gruncie kategorii III w rowy o szer. 45 cm z wywozem urobku, z całkowitym uzupełnieniem mieszanką ziemi żyznej z dodatkiem sorbentu w ilości 0,5 kg/m² kształtowała się następująco:

- Zakład Komunalny sp. z o.o. – 3,00 – 4,00 zł/szt., –
- Park Leśny Zakład Usługowy W. G. – 0,30 zł/szt., –
- Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. – 1,50 zł/szt., –
- PHU Vena s.c. C. J.R. B. – 1,50 zł/szt.,
- Wykonawca BP – 0,30 zł/szt., –
- Ogród Serwis sp. j. – 3,00 – 3,50 zł/szt., –
- Remondis Tarnowskie Góry sp. z o.o. – 2,50 – 2,80 zł/szt.,
- Odwołujący – 8,00 zł/szt. –

Cena za sadzenie krzewów form naturalnych na terenie płaskim w gruncie kategorii III, doły o wymiarach 0,5 x 0,5 m z wywozem urobku, z całkowitym uzupełnieniem mieszanką ziemi żyznej z dodatkiem sorbentu w ilości 0,5 kg/m² z opaliskowaniem 3 palami i mikoryzacją w razie potrzeby:

- Zakład Komunalny sp. z o.o. – 3,00 – 4,00 zł/szt., –
- Park Leśny Zakład Usługowy W. G. – 1,75 zł/szt., –
- Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. – 4,00 zł/szt., –
- PHU Vena s.c. C. J.R. B. – 20,00 zł/szt., –
- Wykonawca BP – 1,20 zł/szt., –
- Ogród Serwis sp. j. – 5,00 zł/szt.,
- Remondis Tarnowskie Góry sp. z o.o. – 3,80 – 4,00 zł/szt., –
- Odwołujący – 8,00 zł/szt. –

Wreszcie cena za zimowe oczyszczanie schodów, alejek, placyków parkowych, pomostów drewnianych wraz z odkuwaniem lodu i posypywaniem piaskiem:

- Wykonawca BP – 567,90 zł/m-c, –
- Park Leśny Zakład Usługowy W. G. – 418,03 zł/m-c, –
- Ogród Serwis sp. j. – 1.500,00 zł/m-c, –
- Zakład Komunalny sp. z o.o. – 2.000,00 zł/sm-c, –
- PHU Vena s.c. C. J.R. B. – 1.000,00 zł/m-c,
- Odwołujący – 3.000,00 zł/m-c, –
- Remondis Tarnowskie Góry sp. z o.o. – 1.800,00 zł/m-c, –

Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. – 650,00 zł/m-c. –

Zdaniem Zamawiającego powyższe porównania wskazują na znaczne rozbieżności w cenach jednostkowych ofert wykonawców i znacznie wyższe ceny Odwołującego w porównaniu z ofertami pozostałych wykonawców. Co więcej, Odwołujący w treści odwołania powołuje się na pozycje kosztorysu składające się na cenę dotyczącą przedmiotu zamówienia punktowanego. Zamawiający zwrócił również uwagę, że w kryterium cenowym punktowanym 15 pkt cena za zakres przedmiotu zamówienia w ofercie Odwołującego wynosi ok. 38 tys. zł, natomiast w ofercie Wykonawcy BP – ok. 13 tys. zł, co wskazuje na chybiony zarzut manipulacji cenami w taki sposób, że rażąco wysokie ceny zaoferował wykonawca w kryteriach z niską rangą.

Zamawiający stwierdził ponadto, że niewątpliwie na kalkulację ceny oferty i jednocześnie na wiarygodność Wykonawcy BP ma wpływ również fakt, że świadczył on usługi na rzecz Zamawiającego w zakresie objętym przedmiotem zamówienia i zgodnie z wiedzą

10

Zamawiającego usługi były wykonywane należycie, a ich poziom cenowy nie odbiegał znacząco od cen zaoferowanych w Postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił Wykonawca BP wnosząc o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska ww., zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba, wobec spełnienia przez Wykonawcę BP (dalej również „Przystępujący”) przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła ww. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia publicznego kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Zarzut dotyczący popełnienia przez Wykonawcę BP czynu nieuczciwej konkurencji nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

W powyższym zakresie stwierdzono, że zachowanie mające uzasadniać postawiony w odwołaniu zarzut polegać miało na manipulowaniu wysokością cen jednostkowych w celu maksymalizacji ilości przyznanych punktów w poszczególnych podkryteriach w kryterium ceny. Odwołujący zarzucił Przystępującemu, że minimalizuje on koszty wykonania świadczeń należących do grupy, której Zamawiający przypisał 50 pkt z 85 pkt możliwych do zdobycia w kryterium ceny, zawyżając jednocześnie koszty realizacji świadczeń ujętych w grupie punktowanej w proporcji 20/85.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ odnoszącymi się do opisu kryteriów wyboru oferty Zamawiający sformułował dwa kryteria oceny ofert – cenę (85%) i czas reakcji na interwencję (15%). Kryterium cenowe podzielone zostało na 3 podkryteria referujące do rodzaju świadczeń przewidzianych w opisie przedmiotu zamówienia:

- poz. I – utrzymanie porządku i czystości – 50%, –
- poz. II – pielęgnacja zieleni niskiej, średniej i wysokiej – 20%, –
- poz. III – konserwacja i bieżące remonty oraz urządzenie terenów parkowych – 15%. –

Zamawiający przewidział, że łączna ocena oferty stanowić będzie sumę punktów otrzymanych w ww. kryteriach dla danego zadania, a ofertę która uzyska największą liczbę punktów dla danego zadania Zamawiający uzna za najkorzystniejszą.

11

Tytułem wstępu do dalszych rozważań Izba wskazuje, że aby możliwe było odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, czyli uznanie złożenia oferty za czyn nieuczciwej konkurencji, niezbędne jest podanie na czym polega określone działanie wykonawcy, udowodnienie tego działania oraz zakwalifikowanie go bądź jako konkretnego deliktu stypizowanego w przepisach Rozdziału 2 Znk, bądź jako zachowania wyczerpujące znamiona określone w przepisie art. 3 ust. 1 Znk.

Odwołujący powołał się na przepis art. 3 ust. 1 Znk twierdząc, że opisane powyżej

działanie Przystępującego, polegające w ogólności na manipulowaniu składnikami ceny, narusza jego interes, uniemożliwiając uzyskanie zamówienia objętego zadaniem nr 1.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na niejednoznaczną konstrukcję omawianego zarzutu. W *petitum* odwołania (str. 2) Odwołujący stwierdził bowiem, że zarzucane Wykonawcy BP zachowanie polega na „[...]manipulowaniu składnikami ceny w taki sposób że ceny jednostkowe niektórych pozycji są nierealne, a ich zastosowanie powoduje że zaoferowana cena ofertowa jest nierzetelna, nie określa realnych wydatków jakie na realizację zamówienia będzie musiał ponieść Zamawiający oraz przede wszystkim uniemożliwia obiektywne porównanie oferty z pozostałymi ofertami złożonymi w przetargu.[...]”. Na potwierdzenie tej tezy Odwołujący, na str. 5-6 odwołania, przytoczył przykłady zaniżonych w sposób nieuprawniony wycen kosztów realizacji określonych świadczeń składających się na przedmiot zamówienia.

Z kolei w części poświęconej uzasadnieniu tego zarzutu (str. 3-7 odwołania) opisany został mechanizm mający polegać na przerzucaniu kosztów realizacji wyżej punktowanych świadczeń do kosztów tych świadczeń, które są niżej punktowane (tj. z kosztów dotyczących świadczeń ujętych w poz. I kryterium cenowego do kosztów dotyczących świadczeń z poz. II tego kryterium), przy czym na rozprawie stwierdził, że praktyka ta dotyczyła zarówno manipulowania kosztami w ramach zadania nr 1, jak i nieuprawnionego przenoszenia kosztów realizacji świadczeń pomiędzy zadaniami nr 1 i 5, na które to Przystępujący złożył ofertę (protokół posiedzenia i rozprawy, str. 7). Odwołujący zilustrował opisaną praktykę przykładami ujętymi na str. 7 odwołania.

Co więcej, Odwołujący twierdził również, że kolejnym zachowaniem Przystępującego stanowiącym przejaw czynu nieuczciwej konkurencji (również naruszającego – jak się wydaje, bowiem żaden inny wniosek nie płynie z treści odwołania – przepis art. 3 ust. 1 Znk), będącego niejako odmianą opisanego powyżej zachowania, było nieuprawnione przewidywanie konieczności wykonywania określonych świadczeń i uzależnianie od tego ceny za poszczególne świadczenia mieszczące się w przedmiocie zamówienia w ten sposób, że za prace, których konieczność wykonania jest mało prawdopodobna Wykonawca BP zaoferował

12

niską cenę, natomiast za te, których prawdopodobieństwo wystąpienia jest duże – cenę wysoką, co Odwołujący uzasadnił przykładami opisanymi na str. 8 odwołania.

W powyższych okolicznościach skład orzekający uznał, że zakres zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp ograniczał się do praktyki polegającej na przerzucaniu kosztów realizacji poszczególnych świadczeń pomiędzy grupami punktowanymi w wyszczególnionych podkryteriach, w tym na podstawie szacowania prawdopodobieństwa zajścia konieczności wykonywania świadczeń określonego rodzaju. Co zaś dotyczy zarzucanego Wykonawcy BP braku realności wycen poszczególnych elementów składowych oferty Izba uznała, że twierdzenia Odwołującego należało ocenić w kontekście zarzutu związanego z rażąco niską ceną. Gdyby bowiem przyjąć, że także w tym zakresie Odwołujący zarzuca Przystępującemu popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji, to należałoby go upatrywać nie w działaniu wypełniającym znamiona określone przepisem art. 3 ust. 1 Znk, a w delikcie stypizowanym w art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk (utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców), podczas gdy zarzutu takiego nie sposób wyartykułować z treści odwołania (w szczególności Odwołujący nie odniósł się do kwestii sprzedaży poniżej kosztów własnych, tj. kosztów Przystępującego, twierdząc jedynie, że nie są to koszty rynkowe świadczenia usług, co odpowiada argumentacji związanej z rażąco niską ceną oferty).

W zakresie pierwszej ze zidentyfikowanych przez Izbę postaci zarzucanego Wykonawcy BP czynu nieuczciwej konkurencji stwierdzono, że Odwołujący nie udowodnił stosowania mechanizmu przenoszenia przez ww. kosztów pomiędzy poszczególnymi świadczeniami w ramach zadania nr 1 w celu maksymalizacji oceny punktowej w kryterium cenowym. Uzasadnienie zarzutu ograniczył wyłącznie do zestawienia ceny zaoferowanej przez Przystępującego na zadanie nr 1 w podkryteriach I i II kryterium cenowego, które podsumował stwierdzeniem, że „[...]Jakkolwiek różnice w cenach w danych grupach czynności mogą stanowić element gry rynkowej jednak nie może dziać się to za pośrednictwem czynów nieuczciwej konkurencji[...]” (odwołanie, str. 4) i odniesieniem do charakteru wynagrodzenia przewidzianego w Postępowaniu, który to był irrelevantny dla

oceny zasadności tego zarzutu. Nawet gdyby hipotetycznie twierdzić, że przykłady niedoszacowanych pozycji z formularza cenowego załączonego do oferty Wykonawcy BP na zadanie nr 1 (odwołanie, str. 5-6) miały potwierdzać omawiany zarzut (z czym – z przyczyn przytoczonych powyżej – zgodzić się nie sposób), to Odwołujący nie wskazał w jakich pozycjach formularza cenowego na to zadanie zostały ukryte rzeczywiste koszty świadczenia usług opisanych w przywołanych przykładach. W konsekwencji Izba stwierdziła, że

13

Odwołujący nie sprostął ciężącemu na nim, na mocy przepisu art. 190 ust.1 Pzp, obowiązкови dowodzenia faktów, z których wywodził skutki prawne.

Także przytoczone w odwołaniu przykłady odnoszące się do nieuprawnionego przenoszenia kosztów pomiędzy zadaniami nr 1 i 5 (str. 7 i 8 odwołania) nie potwierdzają, w ocenie składu orzekającego, zarzutu związanego z popełnieniem przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji. Zarzut ten w istocie sprowadza się do kwestionowania dokonania wycen tożsamyh pozycji cenowych na różnym poziomie, co nie tylko nie zostało przez Zamawiającego wykluczone, ale stanowiło również praktykę nieobcą samemu Odwołującemu, na co w toku rozprawy zwracał uwagę Przystępujący (protokół..., str. 6), a co Odwołujący wręcz potwierdził (protokół..., str. 7). Skład orzekający wyraża przekonanie, że w sytuacji, w której identyczne, czy choćby podobne rodzajowo świadczenia wykonywane mają być w różnych warunkach (tu – w różnych częściach miasta, z których każda posiada swoją specyfikę wynikającą chociażby z położenia, rodzaju podłoża, kondycji w jakiej znajduje się drzewostan, itp.) nie powinna budzić wątpliwości okoliczność ich zróżnicowanej wyceny. Jedynie na marginesie zauważyć należy, że także Odwołujący zwrócił uwagę na kwestię zróżnicowania warunków świadczenia usług (odwołanie, str. 6-7), określając ją mianem niewielkich różnic, tym niemniej okoliczności tej w żaden sposób nie udowodnił.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego w zakresie rzekomego nieuprawnionego przewidywania prawdopodobieństwa konieczności realizacji poszczególnych prac wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia. Abstrahując od okoliczności, że zarzut oparty został na gołosłownych twierdzeniach Izba uznała, że nawet gdyby przyjąć, iż praktyka taka miała miejsce, to istota zarzutu sprowadza się do bezpodstawnego odmawiania Wykonawcy BP uprawnienia do wykorzystywania posiadanego doświadczenia, które wynika z faktu świadczenia tego typu usług na rzecz Zamawiającego w poprzednim okresie. Oczywiście jest, że wykonawca, który świadczył na rzecz Zamawiającego określone usługi ma większe od innych podmiotów rozeznanie odnośnie częstotliwości ich występowania, co może stanowić o istnieniu po jego stronie przewagi konkurencyjnej. Trzeba mieć jednak na względzie, że każdy inny podmiot posiada narzędzia niezbędne do jej zniwelowania lub całkowitego wyeliminowania, ponieważ zgodnie z przepisem art. 139 ust. 3 Pzp umowa w sprawie zamówienia publicznego jest jawna i podlega udostępnieniu na zasadach określonych w ustawie z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U.2014.782 j.t. ze zm.). Zdaniem składu orzekającego w tym trybie można również uzyskać wiedzę o realizacji samej umowy, w tym o liczbie rzeczywiście świadczonych usług danego rodzaju i o osiągniętym z tego tytułu wynagrodzeniu. Zatem w braku dowodów potwierdzających, że opisany mechanizm (dostępny –

14

na wskazanych powyżej zasadach – każdemu uczestnikowi Postępowania) wpisuje się w pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji Izba uznała, że zarzut Odwołującego był chybiony.

Odnosząc się natomiast do twierdzeń Odwołującego, że wybrana została oferta z ceną wyższą od zaoferowanej przez niego Izba wskazuje, że było to wynikiem specyficznego ukształtowania kryterium ceny. Okoliczność ta, wobec braku zaskarżenia postanowień SIWZ, nie była przedmiotem badania Izby w tym postępowaniu.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut związany z rażąco niską ceną oferty Przystępującego.

W odniesieniu do tego zarzutu ustalono, że na zadanie nr 1 złożone zostały dwie oferty – oferta Przystępującego z ceną (2.232.544,28 zł) oraz oferta Odwołującego z ceną (2.167.910,80 zł). Z ogłoszenia o zamówieniu wynika, że szacunkowa wartość zamówienia dla zadania nr 1 wynosi 2.351.629,36 zł (587.907,34 zł rocznie), natomiast z protokołu Postępowania, że bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że na realizację

części 1 zamówienia zamierza przeznaczyć 2.673.083,04 zł.

W dniu 14 kwietnia 2015 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego m.in. z wnioskiem o wszczęcie w odniesieniu do oferty Wykonawcy BP procedury przewidzianej przepisem art. 90 ust. 1 Pzp wskazując, że ww. zaniżył rzeczywiste koszty wykonania świadczeń przewidzianych w sekcji VII, poz. 4 i 5, sekcji I, poz. 2, sekcji IV, poz. 6 oraz sekcji VI, poz. 2 kosztorysu ofertowego.

Zamawiający – pismem z dnia 16 kwietnia 2015 r. – wezwał Przystępującego do wyjaśnienia kalkulacji cenowej dla zadania nr 1, w szczególności dla: sekcji I, poz. 2, sekcji II, poz. 2, sekcji IV, poz. 6, sekcji VI, poz. 2 oraz sekcji VII, poz. 4 i 5 kosztorysu ofertowego, wskazując na różnice kwotowe pomiędzy wyceną własną, a kalkulacją Wykonawcy BP. Pismem z dnia 21 kwietnia 2015 r. (w wyznaczonym terminie) Przystępujący odpowiedział na wezwanie, przedstawiając wyjaśnienia i dowody na potwierdzenie zawartych w nich tez.

Tytułem wstępu można powiedzieć ogólnie (bowiem nie było to między stronami sporne), że rażąco niską ceną oferty jest cena niewiarygodna, nierealistyczna, odbiegająca wysokością od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego z należytą starannością oraz cen pozostałych ofert złożonych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub cen rynkowych, tj. cena, która nie pokrywa kosztów należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Cena rażąco niska jest więc ceną nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym,

15

postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Podkreślenia wymaga również, że co do zasady oferta może być oceniana w kontekście zarzutu ceny rażąco niskiej w odniesieniu do ceny za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, a nie za poszczególne jego części czy pozycje kosztorysu. Dopuszczalne wydaje się jednak być badanie pod kątem ceny rażąco niskiej elementów kalkulacyjnych oferty, o ile ich zaniżenie może przekładać się na rażące zaniżenie zaofertowanej ceny całkowitej.

Odnosząc się do przedmiotowej sprawy należało w pierwszej kolejności zauważyć, nie kwestionując przy tym prawidłowości dokonanych przez Przystępującego wyliczeń, że Zamawiający jest uprawniony do żądania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie tylko w sytuacjach opisanych w przepisie art. 90 ust. 1 Pzp (tj., gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert), ale w każdej sytuacji, w której cena wydaje mu się rażąco niska i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z jego wymaganiami lub z wymaganiami wynikającymi z przepisów odrębnych, na co wskazuje użyty w komentowanym przepisie zwrot „w szczególności”. Należy mieć również na względzie, że stwierdzenie rażąco niskiej ceny w ofercie pozostaje zasadniczo bez związku z charakterem wynagrodzenia wykonawcy. Zarówno w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, jak i ryczałtowego, cena oferty może być rażąco niska w przedstawionym powyżej rozumieniu, z tym że w przypadku drugiego ze wspomnianych rodzajów wynagrodzeń trudniej jest wykazać, że nie pokrywa ono kosztów należytego wykonania zamówienia, skoro wynagrodzenie takie *ex definitione* obejmować ma wszystkie niezbędne do tego prace.

Okoliczności sprawy wskazują, że Zamawiający wzywając Przystępującego do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zasugerował się pismem Odwołującego z dnia 14 kwietnia 2015 r. W konsekwencji wezwanie dotyczyło elementów oferty, których łączny roczny koszt (ustalony na podstawie wartości przyjętych przez Zamawiającego) wynosił 18.611,63 zł, co stanowi niewiele ponad 3% kwoty wartości szacunkowej w skali roku (przy czym, gdyby doliczyć do niej należny podatek, to podany współczynnik uległby odpowiedniemu zmniejszeniu). To zaś, w połączeniu z okolicznością, że oferta Wykonawcy BP była droższa od oferty Odwołującego, stawia pod znakiem zapytania zasadność wzywania Przystępującego do złożenia wyjaśnień, skoro nie dotyczyły one tych składników ceny, które miały znaczne przełożenie na jej ostateczną wysokość. Powyższego zapatrywania nie mogło zmienić powoływanie się na ryczałtowy charakter

wynagrodzenia i na decydujące – w ocenie Odwołującego – znaczenie *de facto* kilku cen jednostkowych ujętych w kosztorysie ofertowym.

Nawet jeśli przyjąć istnienie po stronie Zamawiającego uzasadnionych przyczyn wezwania Wykonawcy BP do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, Izba uznała prawidłowość udzielonych Zamawiającemu wyjaśnień. Odnosił się on bowiem do każdej z poruszonych w wezwaniu kwestii, obalając za pomocą załączonych do nich dokumentów (ofert, kalkulacji i dokumentów sprzedaży) prawidłowość wyliczeń chociażby kosztów materiałów i sprzętu niezbędnych do prawidłowego świadczenia usług, których koszty były przedmiotem zainteresowania Zamawiającego.

Co charakterystyczne, Odwołujący oparł omawiany zarzut na niepopartych dowodami wyliczeniach odnoszących się do przykładów wskazanych na str. 5-6 odwołania. Okoliczność, że przepis art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp, obarcza ciężarem dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny wykonawcę, który ją złożył (o ile ma status strony/uczestnika postępowania odwoławczego) nie zwalnia odwołującego z obowiązku wskazania okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności (argument z § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia Prezesa rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, Dz.U.2014.964 j.t.). Zakładając, że Odwołujący oparł zarzut na własnych kalkulacjach i cenach materiałów, które są dla niego dostępne u jego kontrahentów, to na tej podstawie nie można jeszcze skutecznie postawić zarzutu rażąco niskiej ceny. Abstrahując od okoliczności, że – jak wskazano powyżej – cenę oferty, co do której zachodzi podejrzenie, że jest rażąco niska, należy odnosić do cen rynkowych (nie zaś do cen oferowanych przez odwołującego), to oczywiste jest, że wykonawca, którego oferty zarzut dotyczy może mieć dostęp do innych źródeł zaopatrzenia lub mieć taką pozycję rynkową, że jest w stanie wynegocjować niższe ceny.

Nie mogły również odnieść skutku twierdzenia odnoszące się do sposobu realizacji zamówienia (ilość kilogramów trawy niezbędnej do wysiewu 1 ha trawnika). W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko Wykonawcy BP, który oparł się na normie wskazującej na istnienie przedziału dla tej wartości, zauważając przy tym, że Odwołujący nie zaofiarował żadnego dowodu podważającego wiarygodność argumentacji Przystępującego.

Zarzut dotyczący nieuzasadnionego zastrzeżenia treści wyjaśnień elementów oferty Przystępującego mających wpływ na wysokość ceny Izba uznała za uzasadniony.

Na wstępie podkreślić należy, że po nowelizacji przepisu art. 8 ust. 3 Pzp skorzystanie z ochrony, jaką on daje wymaga wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 4 Znk. Aktualne brzmienie art. 8 ust. 3 Pzp

nie pozostawia, w ocenie składu orzekającego, wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania o udzielenie zamówienia winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji.

W przedmiotowej sprawie Wykonawca BP – zgodnie z oświadczeniem zawartym w treści pisma z dnia 21 kwietnia 2015 r. – zastrzegł, jako stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, treść złożonych Zamawiającemu, w trybie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, wyjaśnień w całości oraz załączone do pisma dokumenty mające potwierdzać zasadność zaofiarowania cen jednostkowych w zakresie objętym wezwaniem Zamawiającego.

Odwołujący – pismem z dnia 28 kwietnia 2015 r. – zwrócił się do Zamawiającego o dokładne przeanalizowanie załączonych wyjaśnień pod kątem przepisów Znk i Pzp i o odtajnienie tego dokumentu podając w wątpliwość spełnianie przez zastrzeżone informacje przesłanek wyartykułowanych w przepisie art. 11 ust. 4 Znk. Pismem z dnia 4 maja 2015 r., stanowiącym odpowiedź na korespondencję Odwołującego, Zamawiający odmówił mu dostępu do treści udzielonych przez Wykonawcę BP wyjaśnień.

Izba – po zapoznaniu się z treścią pisma Przystępującego z dnia 28 kwietnia 2015 r. – stwierdziła, że nie dokonał on skutecznego zastrzeżenia informacji. Treść lakonicznego

zastrzeżenia zawartego na ostatniej stronie pisma Wykonawcy BP ogranicza się wyłącznie do deklaracji co do handlowej wartości informacji oraz ich znaczenia w Postępowaniu, a nadto do zapewnienia, że podjął on wszelkie działania uzasadniające dokonane zastrzeżenie z uwzględnieniem procedur funkcjonujących u niego oraz, że podjął środki mające na celu zabezpieczenie tych informacji przed ich ujawnieniem.

Biorąc powyższe pod uwagę, nie dokonując w tym miejscu oceny spełniania przez zastrzeżone informacje przesłanek z art. 11 ust. 4 Znk, nie sposób, w ocenie składu orzekającego, mówić o dokonaniu przez Wykonawcę BP skutecznego zastrzeżenia informacji zawartych w treści wspomnianych wyjaśnień. *Ad casum* można co najwyżej mówić o formalnym dopełnieniu obowiązku wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co – jak wspomniano – nie uzasadniało odmowy dostępu do nich. Przykładowo, odnosząc się do wspomnianego przez Przystępującego podjęcia środków niezbędnych do zachowania poufności informacji, poza powołaniem się na tą przesłankę nie wskazał on żadnych konkretnych przejawów jej realizacji. Zaznaczyć należy, że to nie jakiegokolwiek wyjaśnienia poczynione przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania

18

skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek, które warunkują skuteczność takiego zastrzeżenia.

W konsekwencji stwierdzić należy, że brak wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (brak uzasadnienia podjęcia przez wykonawcę takiej decyzji) obciąża wykonawcę składającego ofertę i zwalnia zarazem zamawiającego z utrzymania określonych i wskazanych w ofercie informacji w tajemnicy.

Powyższe ustalenia nie mogły jednak stanowić podstawy uwzględnienia odwołania z uwagi na przepis art. 192 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym odwołanie podlega uwzględnieniu jeżeli stwierdzone zostanie naruszenie przepisów Pzp, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wspomniana przesłanka zachodzi w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów wyartykułowanych w odwołaniu prowadzi do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego. To zaś nie mogło mieć miejsca z uwagi na oddalenie przez Izbę zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny oferty Wykonawcy BP i popełnienia przez niego czynu nieuczciwej konkurencji. Należy mieć także na względzie, że w sytuacji, w której nie dochodzi do uwzględnienia odwołania, pomimo potwierdzenia się jednego z zarzutów w nim wyartykułowanych, nie ma możliwości nakazania zamawiającemu uczynienia zadość żądaniu związanemu z takim zarzutem (argument z art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp *a contrario*), wobec czego Izba nie nakazała Zamawiającemu odtajnienia nieskutecznie zastrzeżonych informacji.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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.2010.41.238).

Przewodniczący:

19