Sygn. akt: KIO 149/16

WYROK
z dnia 17 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 lutego 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **4 lutego 2016 r.** przez wykonawcę: **IMPEL** Tech Solutions "COMPANY" Sp. z o. o. Sp. k., ul. Marsa 56 A; 04-242 **Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PL.2012+ Sp. z o.o., Al. Księcia Józefa Poniatowskiego 1, 03 - 901 Warszawa,** wykonawcy zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego:

A. konsorcjum: **FB Serwis S.A(lider), Ferrovial Servicios S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa -** po stronie zamawiającego,
B. **Veolia Industry Polska Sp. z o.o., ul. Solidarności 46, 61-696 Poznań -** po stronie odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego konsorcjum **IMPEL Tech Solutions** "COMPANY" Sp. z o. o. Sp. k., ul. Marsa 56 A; 04-242 **Warszawa,**
2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **IMPEL Tech Solutions** "COMPANY" Sp. z o. o. Sp. k., ul. Marsa 56 A; 04-242 **Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 149/16

U z a s a d n i e n i e:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia, prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego na „Świadczenie usługi obsługi technicznej PGE Narodowego w Warszawie " (Dz. Urz. UE 2015/S 149-275941 z 05.08.2015 r.), zostało wniesione w formie pisemnej w dniu 4 lutego 2016 r. odwołanie wykonawcy: IMPEL Tech Solutions "COMPANY" Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Odwołanie zostało złożone skutkiem powiadomienia w dniu 25 stycznia 2016 r. o wyniku postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez konsorcjum: FB Serwis S.A. (lider), z siedzibą w Warszawie i Ferrovial Servicios S.A. z siedzibą w Madrycie, dalej zwane „konsorcjum FB Serwis S.A.”, zakwalifikowaniu na drugiej pozycji oferty wykonawcy Veolia Industry Polska S.A. z siedzibą w Poznaniu, a na trzeciej pozycji oferty odwołującego.

Odwołanie dotyczy niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), dalej „ustawy Pzp” - czynności

zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w postępowaniu polegających na:

- nieodtajnieniu ofert: złożonych przez wykonawcę Veolia Industry Polska S.A., przez konsorcjum wykonawców: FB Serwis S.A.; Ferrovial Servicios S.A. oraz
- na wyborze oferty złożonej przez konsorcjum FB Serwis S.A. w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z zaskarżonymi czynnościami, odwołujący zarzucił zamawiającemu spółce PL.2012+ Sp. z o.o. naruszenie przepisów ustawy Pzp, mające wpływ na wynik postępowania, a mianowicie:

1. art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień złożonych przez konsorcjum FB Serwis S.A., w zakresie rażąco niskiej ceny, zawierających informacje bezprawnie utajnione.
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum FB Serwis S.A., jak i wykonawcę Veolia Industry Polska S.A. oraz jako zawierających rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
3. art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. odtajnienia wyjaśnień złożonych przez konsorcjum FB Serwis S.A. w zakresie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa;
2. odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Veolia Industry Polska S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz oferty złożonej przez konsorcjum FB Serwis S.A., na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp, gdyż zawierają rażąco niskie ceny;
3. dokonania ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej spośród niepodlegających odrzuceniu ofert, złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący powoływał się na swój interes prawny, że w przypadku prawidłowego zastosowania przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie doszłoby do naruszenia istotnych zasad udzielania zamówień publicznych mających wpływ na wynik postępowania, a odwołujący mógłby pozyskać zamówienie w przedmiotowym postępowaniu ponieważ jego oferta jest ważna i nie podlega odrzuceniu, a w przypadku uwzględnienia odwołania jest ofertą najkorzystniejszą. Zaznaczał, że w przedmiotowym stanie faktycznym, podnoszone w odwołaniu zarzuty dotyczą prowadzenia niniejszego postępowania w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp oraz wskazują wprost na uszczerbek w interesie prawnym wykonawcy, poprzez realne ryzyko pozbawienia odwołującego szans na uzyskanie zamówienia. W przypadku, gdyby zamawiający zachował się zgodnie z literą prawa, oferta wykonawcy Veolia Industry Polska S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz oferta konsorcjum FB Serwis S.A. zostałaby odrzucone z uwagi na zarzut rażąco niskiej ceny. Tym samym interes odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał konkretnego uszczerbku (szkody) w sferze praw wykonawcy oraz interesu gospodarczego, objawiającego się w możliwości utraty dostępu do zamówienia i przewidywanych z tytułu jego realizacji zysków. Ponadto szkoda jakiej może doznać odwołujący będzie wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Zarzut I - naruszenia art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosił, że powziął wiadomość o zastrzeżeniu jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacji w ofercie złożonej przez konsorcjum FB Serwis S.A. Konsorcjum zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zobowiązujące tych wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Ze względu na swoje wątpliwości, co do kalkulacji ceny przez konsorcjum FB Serwis S.A. oraz zasadności samego zastrzeżenia dokonanego przez tego wykonawcę, odwołujący

---

w dniu 16 stycznia 2016 r. zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udostępnienie treści złożonych przez konsorcjum wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołującemu została udzielona negatywna odpowiedź zamawiającego w przedmiocie udostępnienia oraz

odtajnienia złożonych przez konsorcjum FB Serwis S.A. wyjaśnień.

Odwołujący poczytał stanowisko zamawiającego jako zaniechanie udostępnienia bezprawnie utajnionej części oferty konsorcjum FB Serwis S.A., zatem z obawy przed upływem terminu do wniesienia odwołania (zgodnie z orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2009 r. sygn. KIO/UZP 364/09, moment uzyskania informacji o zastrzeżeniu przez innego wykonawcę części oferty, jako tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi początek biegu terminu na wniesienie środka ochrony) podjął decyzję o wniesieniu odwołania w terminie 10 dni od dnia otwarcia ofert, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie udostępnienia odwołującemu części oferty konsorcjum zawierającej informacje bezprawnie utajnione.

Odwołujący wskazywał, że postępowanie o zamówienie publiczne jest jawne. Zasada jawności w systemie zamówień publicznych jest jedną z zasad, które należy uwzględniać w trakcie przygotowywania oraz przeprowadzania postępowania. Zasadę jawności wyraża art. 8 ustawy Pzp. Zasada ta, przejawia się zarówno poprzez udzielenie informacji o zamiarze udzielenie zamówienia, rozpoczęciu procedury oraz jawności całej dokumentacji w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia. Każde naruszenie zasady jawności przyczynia się do wadliwości postępowania. W procesie udzielania zamówienia zasada jawności przejawia się dwojako: przez upublicznienie chęci udzielenia określonego rodzaju zamówienia oraz w jawności całej dokumentacji w tymże postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tajemnica przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania w sprawie zamówienia publicznego i jako taka nie może być interpretowana w sposób rozszerzający, co naruszałoby uprawnienia wykonawców uczestniczących w postępowaniach.

Odwołujący zaznaczał, że powziął wątpliwości w zakresie kalkulacji ceny oferty złożonej przez konsorcjum FB Serwis S.A., a zaniechanie odtajnienia części tej oferty, w tym złożonych wyjaśnień, uniemożliwia odwołującemu potwierdzenie jego założeń i oceny w przedmiotowym zakresie. W opinii odwołującego, utajnienie oferty złożonej przez konsorcjum FB Serwis S.A. odbiera innym wykonawcom prawo do weryfikacji poprawności kalkulacji ceny złożonej przez konsorcjum oferty, a materiał przez nie zastrzeżony nie zasługuje na objęcie klauzulą tajności.

Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. Obowiązkiem zamawiającego jest w każdym wypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa

przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie, czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący argumentował, że zamawiający nie może biernie, bez cienia krytyki przyjmować i stosować, jako obowiązujących, zastrzeżeń składanych przez wykonawców, w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa. To na zamawiającym spoczywa obowiązek stosowania zasady, określonej przepisem art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady jawności prowadzonego postępowania. Odwołujący zaznaczył, że ma świadomość, że przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, została wyłączona powyższa zasada, jednakże wyłączenie powinno mieć zastosowanie w wyjątkowych sytuacjach. Ponadto, odwołujący wskazywał, że to na konsorcjum FB Serwis S.A. spoczywa ciężar dowodu, że wyłączenie jawności było skuteczne, gdyż z tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne. Funkcją zasady jawności jest zapewnienie przejrzystości na każdym etapie postępowania, przy założeniu, że wszelkie ograniczenia jawności mogą być wprowadzane jedynie w drodze wyjątku i na podstawie wyraźnego upoważnienia wyrażonego wprost w przepisie ustawy Pzp. Odwołujący nie godził się ze stanowiskiem, że to na nim, który nie ma możliwości zapoznania się z treścią zastrzeżonych przez wykonawców dokumentów, spoczywałby obowiązek dowodowy na okoliczność bezskuteczności zastrzeżeń. Podnosił, że wykładnia i ocena prawidłowości zastosowania danego przepisu ustawy Pzp winna odbywać się mając zawsze na względzie, poszanowanie podstawowych zasad prawa zamówień publicznych. Stosownie do wyżej wymienionego przepisu zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko do przypadków i według zasad określonych w ustawie Pzp. Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być

one udostępniane (...). Skoro więc zamawiający może z woli ustawodawcy, ograniczyć dostęp do informacji zawartych w ofercie tylko w ustawowo określonych przypadkach, to aby móc skorzystać z tego uprawnienia zgodnie z ustawą, musi on uprzednio stwierdzić, że zaistniały okoliczności odpowiadające przypadkom określonym w ustawie. Jego obowiązkiem jest w szczególności zbadanie czy informacje objęte przez wykonawcę zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 Uznk. Niewykonanie tego obowiązku może doprowadzić do wadliwości postępowania o udzielenie zamówienia mogącego skutkować wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy o wykonanie przedmiotu zamówienia. Okoliczność ta może być ponadto przedmiotem oceny organów uprawnionych do badania kwestii związanych z naruszeniem dyscypliny finansów publicznych w zakresie racjonalności, gospodarności wydatkowania środków publicznych (...). Zastrzeżeniu oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa

---

może podlegać tylko niezbędny jej fragment czy nawet określony zapis, chyba, że ujawnienie tej części informacji stanowiłoby podstawę do skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, ale ten fakt - wykonawca, winien wykazać zamawiającemu. Dlatego też ocenie zamawiającego winien podlegać każdy zastrzeżony dokument oferty, każda jego strona. Zdaniem odwołującego, konsorcjum FB Serwis S.A. bezpodstawnie utajniło złożone wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, a zamawiający niesłusznie podtrzymał klauzulę tajności, nie udostępniając złożonych wyjaśnień pozostałym uczestnikom postępowania, zwłaszcza w sytuacji, w której zachodzi uzasadnione podejrzenie, że cena za którą konsorcjum FB Serwis S.A. zamierza zrealizować zamówienie jest w sposób oczywisty zaniżona.

Zarzut II - naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp oraz art. 91 ust 1 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego, czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum FB Serwis S.A. dokonana przez zamawiającego jest bezpodstawna i dokonana została z naruszeniem prawa, gdyż złożona w postępowaniu oferta zawiera rażąco niską cenę.

Zgodnie z pkt. 2.1 Rozdziału I specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) - przedmiot zamówienia obejmuje wykonywanie w okresie 36 miesięcy kompleksowych usług związanych z obsługą techniczną oraz obsługą administracyjną nieruchomości, na którą składają się:
- Stadion wraz z terenem stanowiącym działki o nr ew., 12/1 i 12/2 z obrębu 3 01-01 w rejonie AS. Ks. j. Poniatowskiego, ul. Wybrzeże Szczecińskie i Al. Zielenieckiej, na terenie Dzielnicy Praga Południe w Warszawie;
- Budynek zaplecza administracyjno-technicznego położony po północnej stronie stadionu przy ul. Siwca w Warszawie siedziby PL 2012+ Sp. z o.o.;
- Zaplecze kontenerowe po południowej stronie przy Al. Ks. J. Poniatowskiego;
- Infrastruktura, instalacje i urządzenia przylegającego terenu do stadionu położonego na działkach o nr ew. 12/1 i 12/2 z obrębu 3-01-01 w rejonie Al. Ks. J. Poniatowskiego, ul. Wybrzeże Szczecińskie i Al. Zielenieckiej, na terenie Dzielnicy Praga Południe w Warszawie oraz część kanalizacji deszczowej odprowadzająca wodę deszczową do jeziora Karnionkowskiego i Wisły znajdujące się poza w/w działkami wraz z ich wylotami.

W ramach przedmiotu zamówienia realizowana będzie usługa obsługi technicznej i administracyjnej oraz przygotowanie i obsługa w zakresie technicznym imprez w obszarze przedmiotowych budynków i nieruchomości tzw. FM (Facility Management). Zgodnie z Rozdziałem 2 SIWZ - Zestawienie podstawowych zadań i obowiązków Wykonawcy - zakres usług obejmuje:

---

1. W zakresie utrzymania budynków i nieruchomości:
a. Nadzór nad systemami automatyki i bezpieczeństwa technicznego,
b. Nadzór nad elementami wyposażenia sieci zewnętrznych wymagających serwisu i konserwacji (w tym ewentualne czyszczenia i udrażnianie instalacji),
c. Całodobowy nadzór systemu BMS (firmy TAC Schneider),
d. Nadzór nad właściwą pracą urządzeń i instalacji, kontrola poprawności parametrów mediów (powietrza, wody technologicznej, temperatury, ciśnienia),

e. Przygotowanie oraz realizacja szczegółowego zakresu prac i Planu Konserwacji Zapobiegawczej PPM (procedury, karty, itp.) dla wszystkich systemów, instalacji i urządzeń zgodnie z dokumentacją obiektów i nieruchomości (DTR-kami), przepisami prawa Polskiego, oraz wiedzą techniczną,
f. Obsługa techniczna realizowana przez pracowników technicznych Wykonawcy na Obiektach i Nieruchomości przez 7 dni w tygodniu całodobowo 365/ 366 (/rok przestępny) dni w roku,
g. Zapewnienie odpowiedniej (zwiększonej ilości personelu) obsady podczas przygotowania do Imprez i trwania Imprez - przez zapewnienie dodatkowo: minimum jednej osoby do obsługi systemu BMS oraz dodatkowej ilości techników i inżynierów obiektu. W zależności od potrzeb Zamawiający poinformuje z wyprzedzeniem o potrzebnej Ilości personelu,
h. Ustawianie parametrów wentylacji i sterowanie oświetleniem w celu zapewnienia odpowiedniego komfortu, w tym realizacja poleceń Zamawiającego we wszystkich obszarach i strefach np.: sale konferencyjne, powierzchnie najmu, loże.
i. Prowadzenie książek obiektów budowlanych.
2. W zakresie przeglądów i konserwacji:
a. opracowanie, a następnie po uzgodnieniu z Zamawiającym wdrożenie i realizacja szczegółowego rocznego planu obchodów, przeglądów i konserwacji okresowych dla urządzeń, instalacji, systemów wyposażenia w obiektach i nieruchomości (Plan Konserwacji Zapobiegawczej - PPM,
b. realizowanie wszystkich czynności zgodnie z czasami reakcji do prowadzenia stałej usługi Service Level Agreement. (SLA) oraz Key Performance Indicators (KPi),
c. utrzymywanie instalacji i urządzeń w pełnej sprawności technicznej tj. wykonywanie czynności konserwacyjnych w cyklach wynikających z planu przeglądów i konserwacji, zgodnych z wymaganiami producentów, dostawców i gwarantów oraz zasadami wiedzy technicznej, przepisów i norm,
d. prowadzenie stosownej dokumentacji w zakresie realizowanego planu przeglądów i konserwacji okresowych,

---

e. wykonanie okresowych kontroli i pomiarów instalacji technicznych zgodnie z wymogami Prawa Budowlanego, w tym: instalacje wentylacyjne, przewody spalinowe, instalacje gazowe, instalacje elektryczne, instalacje odgromowe oraz pozostałe instalacje budynkowe, w szczególności związane z ochroną środowiska oraz bezpieczeństwem pożarowym. Pomiary dotyczą m.in. rocznych pomiarów rezystancji, instalacji odgromowej, pięcioletnich pomiarów instalacji elektrycznych, pomiarów rezystancji izolacji, skuteczności ochrony przed porażeniem, natężenia oświetlenia,
f. wykonanie okresowych przeglądów zgodnie z wymogami Prawa Budowlanego (przeglądy półroczne, roczne i pięcioletnie), dla obiektu PGE Narodowy, budynku zaplecza administracyjno- technicznego wraz budynkiem stacji transformatorowej i stolarnią oraz zaplecza kontenerowego. Przegląd pięcioletni wykonać należy do X 2016,
g. wspieranie Zleceniodawcy w kontaktach, negocjacjach i przy zawieraniu umów z dostawcami mediów oraz z innymi podwykonawcami,
h. przygotowywanie dla Zamawiającego ofert dotyczących usuwania usterek i usuwania awarii wg wymagań Zamawiającego.
3. W zakresie usuwania usterek i awarii.
a. usuwanie wszelkich bieżących usterek dot. obsługiwanych instalacji (drobne naprawy, korekty nastaw regulatorów i sterowników, uzupełnianie izolacji, wymiana elementów armatury, udrażniane, a także reagowanie na pozostałe zdarzenia występujące na obiektach).
Przedmiotem umowy nie jest usuwanie usterek spowodowanych umyślnie przez Najemców z tym, że udowodnienie „umyślności" leży po stronie Wykonawcy.
b. utrzymywanie Helpdesku przez całą dobę 365/366 dni w roku gwarancja czasu rozpoczęcia interwencji zgodnie z określonymi czasami wykazanymi w tabelach w pkt 4,2 i zasadami opisanymi w pkt. 4,3.
4. W zakresie współpracy z osobami trzecimi, w tym Najemcami.
a. zapewnienie specjalistycznych serwisów do obsługi i konserwacji urządzeń, instalacji i systemów zgodnie z wymaganiami wynikającymi z zapisów w DTR urządzeń oraz

wymogami prawa,
b. ścisła współpraca w ramach wykonywania przedmiotu zamówienia z pozostałymi służbami takimi jak ochrona, serwis sprzątający i inne, w tym także usuwanie zgłoszonych awarii i usterek przez powyższe służby,
c. zapewnienie nadzoru, w tym szczególności udostępniania obszarów i pomieszczeń oraz udział odpowiedniej ilości techników w testach i sprawdzeniach oraz kontrolach, w których podwykonawcy na zlecenie Zamawiającego wykonywać będą przeglądy i czynności serwisowe dla systemów, instalacji i urządzeń opisanych w Załączniku nr 13,

d. zapewnienie nadzoru, w tym szczególności udostępniania obszarów i pomieszczeń oraz udział odpowiedniej ilości techników we współpracy z organizatorami lub/i z podwykonawcami organizatorów imprez w tym w szczególności imprez masowych,
e. zapewnienie nadzoru, a szczególności: wykonywanie czynności obejmujących wyłączenia, przyłączenia, instalacji, urządzeń i systemów, wykonywanie testów i czynności kontrolnych w tym czynnościach odbiorowych w związku z wykonywaniem prac aranżacyjnych w obszarach przeznaczonych do najmu bądź wynajmowanych oraz dla potrzeb imprez wg uzgodnionych procedur z podmiotami realizującymi te prace na podstawie dokumentacji zatwierdzonej przez Zamawiającego,
f. współpraca m.in. w zakresie przyjmowania i realizacji zleceń (w tym usuwania awarii) dotyczących obsługiwanych i zainstalowanych na powierzchniach Najemców urządzeń, instalacji i systemów technicznych, o ile nie są one objęte serwisem najemcy,
g. wykonywanie drobnych prac (montaż, demontaż) w tym w szczególności dotyczących elementów wyposażenia trybun np.: krzesełka stadionowe jednorazowo w ilości do 300 szt, barierek jednorazowo o długości nie większej niż 20 mb i elementy przeszklonych jednorazowo o pow. nie większej niż 50 m2, itp.
5. W zakresie prowadzenia raportowania i dokumentacji.
a. sporządzanie szczegółowych raportów miesięcznych na podstawie zbieranych i przetwarzanych w specjalistycznych narzędziach informatycznych dotyczących: pracy urządzeń, instalacji oraz systemów; ilości i jakości obsługi zgłoszeń na Helpdesk, realizacji prac podczas przygotowania i obsługi imprez, itp. Ponadto, na bazie zgromadzonych danych raporty miesięczne zawierać będą: propozycje optymalizacji wydajności lub/i optymalizacji zużycia mediów, zalecenia i wytyczne dla zwiększenia niezawodności w funkcjonowaniu urządzeń, instalacji i systemów, status realizacji zgłoszeń przeglądowych w skali planu miesięcznego oraz rocznego, status realizacji zgłoszeń bieżących, dane dotyczące wymienionych materiałów eksploatacyjnych, części i podzespołów zamiennych,
b. wykonywanie przewidzianych przepisami okresowych przeglądów obligatoryjnych oraz kontroli i pomiarów technicznych instalacji i urządzeń wraz z prowadzeniem dokumentacji w tym zakresie (książka obiektu budowlanego) na podstawie pisemnego upoważnienia Zleceniodawcy dla Wykonawcy/Wykonawców.
c. prowadzenie i bieżącą aktualizację dokumentacji technicznej Obiektu zgodnie z wymogami prawa w tym w szczególności: nanoszenie zmian, udostępnianie dokumentacji, rejestrowanie zmian w dokumentacji w przypadku wdrażania usprawnień i udoskonaleń lub w przypadku dostarczenia dokumentacji przez Zamawiającego oraz wprowadzenia jakichkolwiek zmian w dokumentacji, itp., w tym prowadzonej w Wersji elektronicznej.
6. W zakresie dokonywania usprawnień i udoskonaleń.

a. przedstawianie Zamawiającemu propozycji i projektów dotyczących zmian mających na celu usprawnienie lub/i ulepszenie w funkcjonowaniu infrastruktury technicznej obiektu,
b. wykonywanie uzgodnionych z Zamawiającym zmian, usprawnień i ulepszeń w obrębie obsługiwanych instalacji i urządzeń,
c. kreatywne poszukiwanie rozwiązań organizacyjnych i technologii mających na celu kosztów funkcjonowania Obiektów i Nieruchomości przy jednoczesnym obniżanie zachowaniu komfortu użytkowania Obiektu oraz zapewnienie Zamawiającemu dostępu do najlepszych i innowacyjnych rozwiązań w systemach informatycznych (również wykonywanie usługi przy wsparciu grupy/firmy wspomagających funkcjonowanie Helpdeskm oraz planowanie i wykonywanie czynności Planowej Konserwacji Zapobiegawczej (PPM),

d. uwzględnianie konstruktywnych uwag Zamawiającego i użytkowników Obiektu związanych ze świadczonymi usługami.
7. W zakresie zagrożeń.
a. informowanie Zamawiającego o występujących lub mogących wystąpić awariach, uszkodzeniach i innych zagrożeniach mających związek z instalacjami i urządzeniami oraz podejmowanie w nagłych przypadkach natychmiastowych i samodzielnych działań w celu uchronienia Zamawiającego przed wystąpieniem szkód lub zagrożeń dla użytkowników tj. wykonywanie działań wyprzedzających zmniejszających do minimum możliwość wystąpienia usterek i awarii.

Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w SIWZ, Wykonawca zobowiązany jest spełnić warunki elastycznej, dostosowanej do specyfiki obiektu organizacji specjalistów i techników w celu zapewnienia ciągłości funkcjonowania obiektu, poprawności obsługi urządzeń i instalacji, przy jednoczesnym optymalizowaniu kosztów ponoszonych przez Zamawiającego. Cyklicznie, co 12 miesięcy realizacja przedmiotu umowy będzie audytowana przez komisję w skład której wchodzą; trzech przedstawicieli Zamawiającego lub/i wskazanych przez Zamawiającego oraz trzech przedstawicieli Wykonawcy. Audyt będzie miał na celu kontrolę sprawności i stanu infrastruktury technicznej obiektu oraz stan optymalizacji kosztów i realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający zastrzega sobie prawo do żądania przeprowadzenia dodatkowego audytu w w/w zakresie, a Wykonawca wykona taki audyt w ciągu miesiąca od momentu pisemnego zgłoszenia przez Zamawiającego.
Dodatkowo, dla prawidłowego funkcjonowania Obiektów i nieruchomości, Wykonawca w uzasadnionych przypadkach zapewni interwencję specjalistycznych służb inżynieryjnych **(specjaliści** regulacji HVAC, audytorzy energetyczni, specjaliści BHP, ppoż., IT, itp.).

Odwołujący wyjaśniał, że w przedmiotowym postępowaniu, oferty złożyło [trzech] wykonawców zgodnie z poniższym zestawieniem:

1. Konsorcjum (FB Serwis S.A - lider; Ferrovial Servicios S.A. - partner) - oferta uznana za najkorzystniejszą; cena brutto - 5.293.899 zł,
2. Veolia Industry Polska Sp. z o.o. - cena brutto - 9.571.337 zł,
3. Impel Tech Solutions sp. z o. o . - odwołujący; cena brutto -12.215.745 zł,
4. Warbud VINCI Facilities Sp. z o. o.; cena brutto - 20.681.566,56 zł.

W analizie powyższego zestawienia, odwołujący podkreślał różnice dzielące ofertę cenową konsorcjum FB Serwis S.A, wybraną przez zamawiającego za najkorzystniejszą, względem pozostałych ofert. Na podstawie tego faktu stwierdził, że cena zaproponowana przez konsorcjum nosi znamiona ceny rażąco niskiej, co zobrazował poniższym zestawieniem:
Różnica wartości oferty konsorcjum FB Serwis S.A. w stosunku do drugiej oferty Veolia Industry Polska Sp. z o.o. - 4 277 438,00 zł.
Różnica wartości oferty konsorcjum FB Serwis S.A w stosunku do oferty odwołującego - 6 921 846,00 zł.

Odwołujący wskazywał, co wynika z powyższego zestawienia, iż łączna cena oferty konsorcjum FB Serwis S.A w trakcie trwania całej umowy odbiega od ceny odwołującego o 57 %, a od drugiej oferty złożonej przez wykonawcę Veolia Industry Polska Sp. z o.o. o 45 %.

Dodatkowo odwołujący przedstawił poniżej, w jakim stopniu wartość oferty konsorcjum FB Serwis S.A. odbiega od budżetu zamawiającego:
Budżet zamawiającego przewidziany na zamówienie - 15 542 280,00 zł brutto
Konsorcjum FB Serwis S.A. - 5 293 899,00 zł brutto.
Veolia Industry Polska Sp. z o. o. - 9 571 337,00 zł brutto.
Odwołujący - 12 215 745,00 zł brutto.
Różnica wartości oferty konsorcjum FB Serwis S.A. w stosunku do budżetu wyrażona wartościowo - 10 258 381,00 zł.
Różnica wartości oferty konsorcjum FB Serwis S.A w stosunku do budżetu wyrażona %- 66%.

Z powyższego zestawienia, skoro oferta konsorcjum FB Serwis S.A jest niższa od budżetu zamawiającego o 66 %, odwołujący wnioskował, iż oferta tego wykonawcy, zawiera warunki cenowe, które są wadliwie i nieprawidłowo skalkulowane z dużym elementem

niedoszacowania kosztów, bez uwzględnienia aktualnych cen rynkowych oraz bez uwzględnienia większości parametrów realizacji usługi niezbędnych do utrzymania wysokiej jakości świadczonych usług wymaganych przez zamawiającego.

Odwołujący zaznaczał, że na podstawie swojego doświadczenia zawodowego, technologii usługi i wydajności, które przyjął na odpowiednim, optymalnym poziomie, tak żeby sprostać wymaganiom SIWZ i znajomości specyfiki przedmiotu zamówienia - skalkulował w aktualnym przetargu rzeczywistą i realną wartość usług, w taki sposób aby zapewnić zamawiającemu wysokie standardy określone przez niego w SIWZ.

Analogicznie, w ocenie odwołującego również oferta złożona przez wykonawcę Veolia Industry Polska Sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę, co zobrazował kolejnymi tabelami.

Veolia Industry Polska Sp. z o. o - 9 571 337,00 zł.
Odwołujący - 12 215 745,00 zł.
Warbud VINCI Facilities Sp. z o. o - 20 681 566,56 zł.
Różnica wartości oferty Veolia Industry - 2 644 408,00 zł (względem oferty odwołującego).

Odwołujący zaznaczał, że łączna cena oferty wykonawcy Veolia Industry Polska Sp. z o.o. w trakcie trwania całej umowy odbiega od ceny odwołującego o 22 %. Dodatkowo odwołujący przedstawił poniżej w jakim stopniu wartość oferty wykonawcy Veolia Industry Polska Sp. z o.o. odbiega od budżetu zamawiającego:

Budżet zamawiającego przewidziany na zamówienie - 15.542.280,00 zł brutto.
Veolia Industry Polska Sp. z o. o. - 9 571 337,00 zł brutto.
Odwołujący - 12 215 745,00 zł brutto.
Różnica wartości oferty Veolia Industry Polska Sp. z o.o. w stosunku do budżetu wyrażona wartościowo - 5 970 943,00 zł.
Różnica wartości oferty Veolia Industry Polska Sp. z o.o. w stosunku do budżetu zamawiającego wyrażona % - 38%

Z powyższego zestawienia wynika, że również oferta wykonawcy Veolia Industry Polska Sp. z o. o. jest niższa od budżetu zamawiającego o 38%, z czego odwołujący wnioskował, iż oferta tego wykonawcy, zawiera warunki cenowe, które są wadliwie i nieprawidłowo skalkulowane z dużym elementem niedoszacowania kosztów, bez uwzględnienia aktualnych cen rynkowych oraz bez uwzględnienia większości parametrów realizacji usługi niezbędnych do utrzymania wysokiej jakości świadczonych usług wymaganych przez zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że sam wykonawca Veolia Industry Service Sp. z o.o. w piśmie z dnia 15 stycznia 2016 r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny stwierdził, że zaoferowana przez niego cena stanowi około 62

% wskazanej przez zamawiającego wartości zamówienia i że przekroczyła próg 30%, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp o ponad 8 %.

Odwołujący wyjaśniał, że zamawiający w pkt. 12.3. SIWZ zdefiniował i podał sposób kalkulacji kosztów przez wykonawców. Wykonawca kalkulując cenę ryczałtu miesięcznego powinien uwzględnić koszty zapewnienia odpowiedniego potencjału ludzkiego, technicznego i materiałowego, umożliwiającego Wykonawcy świadczenia usługi utrzymania ruchu w zakresie kontroli, konserwacji, przeglądów okresowych i usuwania awarii w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w przedmiocie zamówienia, tj. Wykonawca uwzględnić powinien m.in.:

a) koszty związane z wymogiem zapewnienia bezpośredniej obecności 24 godziny na dobę minimum 4 techników obiektu średniodobowo wykonujących bieżącą obsługę, usuwających awarie, obsługujących 24 h na dobę stację BMS oraz wykonujących czynności kontrolne i konserwacyjne maszyn, urządzeń, systemów i instalacji wentylacji i klimatyzacji, wod-kan. i energetyki cieplnej oraz stolarki/ślusarki drzwiowej i okiennej w dni robocze, wolne od pracy i święta.

W pkt. 12.3. b w SIWZ Zamawiający sprecyzował koszty związane z dodatkowymi obowiązkami Wykonawcy: „koszy związane z dodatkowymi obowiązkami techników obiektu, o których mowa w pkt. A) powyżej dotyczącymi obsługi imprez(np. koncerty, imprezy

całostadionowe, imprezy sportowe, konferencje międzynarodowe) i innych imprez masowych i wykonujących czynności kontrolne i obsługi maszyn, urządzeń, systemów i instalacji wentylacji i klimatyzacji, wod - kan. oraz energetyki cieplnej, w obiekcie." Zamawiający w zapisach SIWZ oszacował pulę 13.500 roboczogodzin jaką zamierza przeznaczyć na realizację wyżej wymienionych zadań w trakcie realizacji zamówienia (36 miesięcy). Zatem oczywiste było dla odwołującego, że tego typu imprezy na tak dużym obiekcie będą wymagały zaangażowania dodatkowych osób (niezależnie od liczby dyżurnych techników na obiekcie).

Odwołujący wskazał, że podczas dialogu konkurencyjnego zamawiający określił minimalną liczbę pracowników niezbędnych do obsługi technicznej na ok. 25 osób. Zaznaczał też, że w okresie realizacji zamówienia planowanych jest około 25 dużych imprez (całostadionowych) oraz 500 mniejszych wydarzeń.

Ponadto, odwołujący podkreślał, że bardzo istotnym czynnikiem cenotwórczym jest koszt materiałów, które mają być użyte do realizacji zamówienia. PGE Narodowy jest obiektem o bardzo dużej powierzchni użytkowej (202 456 m2) oraz o bardzo dużej liczbie urządzeń i instalacji podlegającej zamówieniu. Dla przykładu liczba punktów oświetlenia to 31 604 szt. SIWZ wymaga aby koszty materiałów oraz koszt ich wymiany, a także żarówek był uwzględniony w cenie ryczałtowej. Zapis ten dotyczy także wszystkich części

zamiennych i materiałów eksploatacyjnych (freon, glikol, filtry, paski klinowe itp.) wymienionych niżej urządzeniach:
- systemów klimatyzacji w liczbie: 667 jednostek sprzętowych o różnych parametrach technicznych,
- centrale wentylacyjne 80 jednostek
- wentylatory bytowe: 213 jednostek
- stacje transformatorowe : 14
- rozdzielnice NN : 441 jednostek
- drzwi ppoż.: 1171 sztuk itp.

Powyżej zostały wymienione najważniejsze systemy. Natomiast łączna liczba instalacji podlegających obsłudze obejmuje 149 systemów.

Odwołujący ponownie przekonywał, że na bazie swojego wieloletniego doświadczenia w realizacji podobnych zamówień dokonał kalkulacji swojej oferty opierając się na zapisach SIWZ. Cena oferty odwołującego w okresie realizacji zamówienia tj. w okresie 36 miesięcy wynosi: 12.215.745 zł brutto. Odwołujący budował swój kosztorys w oparciu o następujące składniki cenotwórcze wskazane przez zamawiającego w SIWZ:
1. Liczba zatrudnionych 29 osób z odpowiednimi kwalifikacjami i uprawnieniami niezbędnymi do realizacji zamówienia.
2. Wartość wymaganych materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia.
3. Pomiary skuteczności przeciwporażeniowej a także przeglądy zgodnie z Dokumentacją Techniczno-Ruchową wszystkich urządzeń na obiekcie.
4. Koszt: oprogramowania, transportu, polisy ubezpieczeniowej, wyposażenia w narzędzia, ubrań pracowników i telefonów komórkowych.
5. Dodatkowa obsada imprez całostadionowych (pkt 5-3-2 Umowy).
6. Dodatkowa obsada imprez całostadionowych (pkt. 5-3-3 Umowy).

Skoro zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia: 15 542 280,00 zł brutto, to w ocenie odwołującego prawidłowe zrealizowanie przedmiotu zamówienia za cenę oferty podaną przez konsorcjum FB Serwis S.A. oraz wykonawcę Veolia Industry Services Sp. z o.o. jest nierealne i niemożliwe ponieważ oznaczałoby to, że w ofercie albo nie zostałyby ujęte koszty: materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia np. filtry, oleje, freon, glikol albo niezbędny personel do obsługi technicznej nie byłby zatrudniony na umowę o pracę lub jego liczba byłaby znacznie mniejsza niż zakładał to zamawiający.

Analizując swoje własne dane kalkulacyjne stanowiące załącznik nr 6 do odwołania, objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i porównując ceny zaoferowane przez konsorcjum FB Serwis S.A., jak i wykonawcę Veolia Industry Services Sp. z o.o. odwołujący stwierdził, iż

oferta tych wykonawców zawiera warunki cenowe, które są wadliwie i nieprawidłowo

skalkulowane z dużym elementem niedoszacowania kosztów, z podejrzeniem przyjęcia przez tych wykonawców zbyt wysokiego współczynnika wydajności pracowników i tym samym zaniżenia kosztów pracy - kluczowego czynnika kosztotwórczego w tej ofercie oraz nieuwzględnia wszystkich wymagań zamawiającego. Zdaniem odwołującego wykonawca Veolia Industry Polska Sp. z o.o. oraz konsorcjum FB Serwis S.A. drastycznie zaniżyli swoje ceny przedstawione w ofercie, co ma przełożenie na fakt, iż nie są w stanie zapewnić zamawiającemu wysokich standardów świadczonych usług, nie wspominając już o wygenerowaniu jakichkolwiek zysków, gdyż przy tym poziomie cen jest to nierealne. Biorąc pod uwagę powyższe, realizacja przedmiotu zamówienia przez tych wykonawców, w opinii odwołującego - stanowi niebezpieczeństwo dla zamawiającego i naraża go na wadliwe wykonanie postanowień umowy. Jednocześnie odwołujący podkreślał, iż przy takiej skali przedsięwzięcia oraz jego wysokich standardów odbioru, powyższe dane przesądzają o zastosowaniu cen nieuczciwych lub noszących znamiona pomyłki w liczeniu, nie uwzględniającej kosztów usługi na takim poziomie, jaki gwarantowałby zamawiającemu wysoką jakość świadczonych usług.

Odwołujący powołał się na utrwaloną linią orzecznictwa KIO, iż rażąco niską ceną jest taka cena, która w sposób znaczny odbiega poziomem od cen zaoferowanych przez innych wykonawców. Wymienił przykładowo wyrok sygn. akt: KIO 1463/15, KIO 1476/15 zgodnie z którym za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. W ocenie odwołującego za taką właśnie cenę należy uznać cenę oferty konsorcjum FB Serwis S.A., uznaną przez zamawiającego za najkorzystniejszą, jak również cenę oferty wykonawcy Veolia Industry Polska Sp. z o.o.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153. poz. 1503, ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Zaoferowane przez ww. wykonawców ceny za realizację zamówienia, w ocenie odwołującego pozostają rażąco niskie, stanowiące *de facto* sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, co wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podkreślał, iż jego stanowisko potwierdza opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. "Interpretacja

przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1. poz. 240). W opinii tej UOKiK napisał m.in.: *"Na wstępie należy wskazać, że nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 uznk. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnianiem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy* środków *nie znajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji".* Oferowanie towarów lub usług poniżej ceny ich wytworzenia (cena dumpingowa do której kwalifikowana jest również cena rażąco niska) jest działaniem mającym na celu utrudnianie dostępu do rynku, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i tym samym wypełnia przesłanki, o których mowa zarówno w przywołanej powyżej ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jak również stanowi przesłankę odrzucenia oferty z art.

89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, odwołujący podkreślał, iż zamawiający udzielając zamówienia publicznego, a więc *de facto* dysponując środkami publicznymi, działa w celu zaspokojenia potrzeb ludności i zobligowany jest mieć pewność, że wybrany wykonawca daje rękojmię należytego, wykonania zamówienia a złożona przez niego oferta jest ofertą realistyczną, gwarantującą świadczenie usługi zgodnie ze standardem wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niedopuszczalnym jest więc, w ocenie odwołującego, nie tylko z uwagi na treść i znaczenie podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych, ale również z uwagi na ww. cel, któremu służyć ma prawidłowe procedowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zaniechanie przez zamawiającego, jakiejkolwiek czynności wskazanej w ustawie Pzp służącej wyborowi oferty najkorzystniejszej a w konsekwencji narażenie zamawiającego na ponoszenie wszelkich negatywnych skutków uzyskania świadczenia o niewłaściwej jakości. Mając na uwadze powyższe, odwołujący posiadając wiedzę przy realizacji analogicznych usług, ponowił zarzut, że ryzyka związane z wykonywaniem przedmiotu zamówienia, wycenione zostały przez wybrane konsorcjum oraz

---

wykonawcę Veolia Industry Polska Sp. z o.o. rażąco poniżej poziomu, który powinien być zakładany jako realistyczny, a tym samym gwarantujący prawidłowe wykonanie umowy o zamówienie publiczne, co według odwołującego ma przełożenie na fakt, iż wymienieni wykonawcy nie są w stanie pokryć minimalnych kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, nie wspominając o wygenerowaniu jakichkolwiek zysków, przy tym poziomie cen.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 8 lutego 2016 r. zgłoszenie do postępowania odwoławczego w formie pisemnej, w kopii przesłane stronom, w dniu 9 lutego 2016 r. złożyło konsorcjum firm: FB Serwis S.A. i Ferrovial Servicios S.A., które wnosiło o oddalenie odwołania, powołując się na swój interes utrzymania w mocy czynności zamawiającego - wyboru złożonej oferty do realizacji zamówienia. Jednocześnie zgłaszający przystąpienie podnosił, iż złożył wobec zamawiającego wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, udowadniając, że zaoferowana cena nie pozostaje rażąco niską. Zamawiający prawidłowo ocenił ofertę jak i otrzymane wyjaśnienia. Ujawnienie natomiast treści złożonych wyjaśnień naraziłoby konsorcjum FB Serwis S.A. na istotną szkodę związaną z uzyskaniem przez konkurentów informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego, które posiadają istotną wartość gospodarczą.
W piśmie z dnia 15 lutego 2016 r. wykonawca podał, między innymi:
„II.1. Niemożność stwierdzenia charakteru ceny na podstawie samego porównania cen zaoferowanych przez poszczególnych wykonawców oraz wartości zamówienia.
Wymaga podkreślenia, że sytuacja, w której oferenci składają swe oferty proponując Zamawiającemu różne poziomy cen jest sytuacją całkowicie naturalną i pożądaną z punktu widzenia zasad zamówień publicznych. Istotą ubiegania się o udzielenie zamówienia jest konkurowanie wykonawców o udzielane zamówienie, które przejawia się w oferowaniu zamawiającemu możliwie korzystnych warunków ofert - w tym również warunków cenowych. Jest naturalnym, iż w takim przypadku jedni wykonawcy mogą zaoferować wykonanie przedmiotu zamówienia drożej, a inni taniej - co może być pochodną całego szeregu okoliczności (takich jak indywidualne koszty danego wykonawcy, sposób budowania strategii cenowej, chęć osiągnięcia wyższego zysku, wyjątkowo sprzyjające okoliczności wykonania zamówienia itp.).
Sytuacja, w której ceny oferowane przez wykonawców różnią się od siebie jest w postępowaniu przetargowym całkowicie naturalna i wynika z prostego faktu konkurowania wykonawców o udzielane zamówienia.

Ponadto w orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych ugruntowany jest pogląd, iż sama dysproporcja cen pomiędzy ofertami złożonymi przez poszczególnych wykonawców nie stanowi dostatecznej podstawy do uznania, iż została zaoferowania cena rażąco niska. Podobne stanowisko zaprezentował Sąd Okręgowy w Katowicach w uzasadnieniu wyroku z

dnia 21 czerwca 2010 r. sygn. akt XIX Ga 175/10 wskazując, iż "dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektowności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu".
W niniejszym postępowaniu różnice zaistniałe w cenach zaoferowanych przez poszczególnych wykonawców są tym bardziej uzasadnione, że przedmiotem zamówienia jest usługa nie wymagająca wysokich nakładów w sprzęt, urządzenia czy materiały - opiera się ona przede wszystkim na potencjale osobowym wykonawcy -przede wszystkim na kompetencjach pracowników ją świadczących, a także na doświadczeniu wykonawcy i właściwej organizacji pracy. Owe czynniki z jednej strony pozwalają na bardziej elastyczne, niż np. w robotach budowlanych, kształtowanie polityki cenowej, z drugiej zaś wymagają uwzględnienia czynników indywidualnych danego przedsiębiorcy (potencjał osobowy, wiedza i doświadczenie, organizacja pracy, optymalizacja kosztów).
Teza ta znajduje potwierdzenie w orzecznictwie, gdzie podnosi się, iż zarówno kalkulacja ceny ofertowej, jak i koszty ponoszone przez poszczególnych wykonawców, mają charakter indywidualny i co do zasady różnią się w przypadku poszczególnych wykonawców.
Z uwagi na powyższe prawodawca (zarówno wspólnotowy, jak i krajowy) implementował do prawa z dziedziny zamówień publicznych takie rozwiązanie, zgodnie z którym podstawą oceny charakteru ceny są przede wszystkim wyjaśnienia oferenta. To bowiem w ramach wyjaśnień dany wykonawca może wyjaśnić, iż zaoferowana przez niego cena - z uwagi na ww. indywidualne koszty, możliwości, i inne jego osobiste właściwości jakkolwiek jest niższa niż zaoferowana przez konkurentów, to jednak ma charakter rynkowy. Dopiero w oparciu o przekazane informacje w szczególności wyjaśniające sposób kalkulacji ceny i powody, dla których możliwe było zaoferowanie ceny na stosunkowo niższym poziomie, Zamawiający może dokonać oceny charakteru zaoferowanej w danym przypadku ceny.
W tym zakresie wymaga podkreślenia, iż Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zamówienia. W odpowiedzi na takie wezwanie Przystępujący przekazał Zamawiającemu szczegółowe wyjaśnienia w przedmiotowym zakresie. W wyjaśnieniach tych Przystępujący szczegółowo opisał wszystkie przewagi, które posiada nad innymi wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie i okoliczności pozwalające mu na zaoferowanie ceny na konkurencyjnym poziomie. Ponadto

---

Przystępujący przedstawił wyliczenie kosztów, jakie poniesie w związku z wykonywaniem zamówienia, obejmujące koszty personelu, sprzętu, materiałów eksploatacyjnych, koszty zatrudnienia specjalistycznych serwisów podwykonawczych, a także wszelkie inne koszty związane z realizacją zamówienia. Wskazał również, jaki planuje osiągnąć zysk w związku z wykonaniem zamówienia.
Na potwierdzenie swoich wyliczeń Przystępujący przedstawił Zamawiającemu 25 dowodów,
III.2. Niezasadność argumentacji dotyczącej kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia
Odwołujący zarzuca Przystępującemu zaoferowanie ceny rażąco niskiej. Zarzut swój opiera na twierdzeniu, iż według jego własnych wyliczeń, opartych na założeniach wynikających z posiadanego doświadczenia w świadczeniu *obsługi technicznej obiektów, nie byłoby możliwe zrealizowanie zamówienia za cenę zaoferowaną przez Przystępującego,*
Na dowód tego Odwołujący przedstawił własną kalkulację (zastrzegając jednocześnie jej treść przed Przystępującym) oraz - w części jawnej - wskazał główne kategorie przewidywanych przez siebie kosztów wykonania zamówienia oraz podstawowe założenia, na podstawie których te koszty wyliczał.
W tym miejscu należy jednak podkreślić, że przedstawione przez Odwołującego argumenty i założenia dotyczące czynników kosztotwórczych zaniżenia przez Przystępującego ceny ofertowej nie dowodzą co najmniej z dwóch powodów.
Po pierwsze, dotyczą one bowiem założeń, jakie dla kalkulacji ceny ofertowej przyjął sam Odwołujący. Przedmiotem rozpoznania sprawy niniejszej nie jest jednak ocena prawidłowości ceny Odwołującego, lecz Przystępującego. Przystępujący zaś założenia, na podstawie których swą w oszacował cenę szczegółowo wyjaśnił przekazanych Zamawiającemu w dniu 15 stycznia 2016 r. wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zatem to właśnie ten dokument, nie zaś informacje przedstawiane przez Odwołującego, winny stanowić podstawę rozstrzygnięcia Odwołania w omawianym zakresie.

Po które zaś, założenia przedstawione przez Odwołującego są błędne - nie wynikają one ani z wymagań określonych w SIWZ, ani też z warunków świadczenia *obsługi technicznej na stadionie PGE Narodowy."*

W części zastrzeżonej pisma przystępujący konsorcjum FB Serwis S.A., Ferrovial Servicios S.A. omówił wyjaśnienie ceny swojej oferty w układzie kalkulacyjnym przyjętym przez odwołującego, co do najważniejszych zdaniem odwołującego składników cenotwórczych podzielonych na następujące kategorie:
1) koszty zatrudnienia pracowników,

2) wartość materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia,
3) pomiary skuteczności przeciwporażeniowej oraz przeglądy urządzeń na obiekcie,
4) oprogramowanie, transport, polisa ubezpieczeniowa, wyposażenie pracowników w narzędzia, ubrania i telefony komórkowe,
5) dodatkowa obsada imprez całostadionowych zgodnie z pkt 5-3-2 Umowy,
6) dodatkowa obsada imprez całostadionowych zgodnie z pkt 5-3-3 Umowy.

Na wezwanie zamawiającego doręczone dnia 9 lutego 2016 r. pisemne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego złożył w dniu 12 lutego 2016 r. wykonawca Veolia Industry Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, w kopii przesłane stronom.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym konsorcjum wykonawców: FB Serwis S.A., Ferrovial Servicios S.A., uznając że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

Izba działając z urzędu i uwzględniając opozycję zamawiającego w trybie art. 185 ust. 4 ustawy Pzp, postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy zgłaszającego przystąpienie: Veolia Industry Polska Sp. z o.o., gdyż zgodnie z art. 185 ust. 5 ustawy Pzp czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp także poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę zgłaszającego przystąpienie, tj. Veolia Industry Polska S.A. z siedzibą w Poznaniu - jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca przedstawił uzasadnienie własne co do podstaw odrzucenia wybranej oferty FB Serwis S.A., Ferrovial Servicios S.A.

Należało zważyć, że odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Veolia Industry Polska Sp. z o.o. na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp, gdyż zawiera ona rażąco niską cenę. W sposób niesprecyzowany i podając nieprawidłową nazwę - Veolia Industry Polska S.A. odwołujący kwestionował także nieodtajnienie dokumentów oferty tego podmiotu.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie po stronie odwołującego: Veolia Industry Polska Sp. z o.o. podał, że:

a) „Zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego uznaje za niezasadny." (…) zaś oferta złożona przez przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia (jest tzw. ceną rynkową, konkurencyjną)

b) „Przystępujący podziela i popiera zarzuty odwołania, za wyjątkiem pośrednio wskazanego zarzutu nieodtajnienia oferty Przystępującego oraz za wyjątkiem zarzutu zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - które to zarzuty Przystępujący uznaje za niezasadne."

Zdaniem Izby zachodzi wyraźna sprzeczność między stanowiskami odwołującego i wykonawcy Veolia Industry Polska Sp. z o.o. Zgłaszający przystąpienie faktycznie miał interes w popieraniu stanowiska zamawiającego, sprowadzający do przyjęcia złożonych wyjaśnień na temat zaoferowanej ceny oferty i obrony własnej oferty. Do innych zarzutów dotyczących oferty konsorcjum FB Serwis S.A., wykonawca zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego - mógłby się natomiast nie odnosić - tym samym nie popaść w kolizję ze stanowiskiem danej strony. Wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego

nie uchylało dopuszczalności samodzielnego wniesienia odwołania przez wykonawcę zgłaszającego przystąpienie, skoro Veolia Industry Polska Sp. z o.o. *de facto* kwestionuje wybór oferty konsorcjum FB Serwis S.A. Jak pokazują okoliczności tej sprawy i deklarowany sposób przystąpienia - zgłaszającemu przystąpienie głównie zależało na wyeliminowaniu z przetargu konkurencyjnego konsorcjum FB Serwis S.A.

Faktyczne skutki tak dokonanego zgłoszenia przystąpienia przez wykonawcę Veolia Industry Polska Sp. z o.o. oznaczają, że w części nastąpiło ono po stronie zamawiającego (żądanie zachowania oceny oferty Veolia Industry Polska Sp. z o.o.), a w części po stronie odwołującego (żądanie odrzucenia oferty konsorcjum FB Serwis S.A.). Powyższe przesądza o nieskuteczności zgłoszenia przystąpienia przez Veolia Industry Polska Sp. z o.o. i uzasadnia wydanie postanowienia o odmowie dopuszczenia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego.

Zamawiający wnosząc o oddalenie odwołania do protokołu rozprawy podał, że badał podstawy do utajnienia składnych wyjaśnień wraz z przedłożonymi dowodami i uznał, że spełniają ustawowe przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający podnosił, że biorąc pod uwagę jednostkowe stawki za roboczogodzinę zaoferowane przez poszczególnych wykonawców i przyjęty sposób rozliczeń za faktyczną ilość zleconych godzin skoro wykonawca FB Serwis zaoferował wykonanie zamówienia za najwyższe stawki w obszarze dodatkowych godzin, to na tej usłudze może uzyskiwać relatywnie wysoki zysk, natomiast w obrębie kalkulacji cen usługi za zakres objęty ryczałtem miesięcznym te stawki są niższe. Zdaniem zamawiającego obecny wykonawca zamówienia - FB Serwis ma wiedzę, że podana pula roboczogodzin przyjęta do obliczenia ceny oferty „może być szybko wykorzystana". Zamawiający niektóre imprezy ma zakontraktowane z

długoterminowym wyprzedzeniem. Zamawiający nie zgodził się, że nierówno traktował wykonawców, prowadził dialog z każdym z wykonawców, była przeprowadzona wizja obiektu, a wykonawcy nie skorzystali z możliwości skarżenia SIWZ.

Zamawiający uzasadniał, że dlatego uwzględnił wyjaśnienia konsorcjum FB Serwis, gdyż uznał, że takie okoliczności przywoływane w wyjaśnieniach konsorcjum jak:
- unikalna wiedza dostępna grupie kapitałowej, w której jest sytuowany FB Serwis dotycząca usług FM, czyli utrzymania technicznego porównywalnych klas obiektów, jest większa od doświadczenia własnego odwołującego,
- korzyść skali działalności w obrębie danej grupy,
- siła zakupowa grupy Budimex będącej członkiem grupy Ferrovial partnera konsorcjum - korzyści z obniżenia kosztów zakupu materiałów używanych do realizacji tego zamówienia,
- synergia operacyjna mająca wpływ na koszty organizacyjne związane z równoczesnym wykonywanie innych zadań w tym obszarze - na terenie Warszawy,
- znajomość przedmiotu zamówienia przez przystępującego i możliwość zaoszczędzenia pewnych kosztów związanych z nieponoszeniem kosztów z tzw. wejściem na obiekt, czy kosztów dostosowawczych systemu komputerowego.

W przypadku wykonawcy Veolia zamawiający brał pod uwagę elementy wyjaśnień jak:
- efekt synergii wynikający z faktu funkcjonowania w ramach grupy kapitałowej i funkcjonującego w tej grupie systemu zakupowego,
- znaczną skalę działalności w ramach grupy i posiadany potencjał osobowy,
- fakt, że Veolia w 2011-2012 r. po oddaniu do użytku stadionu sprawowała obsługę techniczną, do momentu przejęcia przez konsorcjum FB Serwis, czyli posiada wiedzę dotyczącą tego obiektu,
- fakt, że Veolia ma wdrożone narzędzie - oprogramowanie komputerowe, które jest odpowiednie dla współdziałania i monitorowania obiektów u zamawiającego, co też wpływało na obniżenie kosztów wejścia na dany obiekt.

Kalkulacje cenowe załączone do wyjaśnień konsorcjum i Veolia przedstawiające szczegółowe rozbicie ceny były przez zamawiającego badane i analizowane, w tym w kontekście przedstawionych dowodów, zwłaszcza ofert podwykonawców, usług specjalistycznych i przedstawianych dowodów zakupu materiałów.

Zamawiający odnośnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum FB Serwis i Veolia mimo, że w ocenie odwołującego zawierają rażąco niskie ceny - nie zgodził się z założeniami odwołującego, gdyż odnosi on swoje porównania do wartości szacunkowej zamówienia i do kalkulacji własnej oferty. Bezsprzecznie średnia cena złożonych ofert jest

ok. 11 mln zł, ale średnią zawyżają podmioty nie mające doświadczenia w realizacji

zamówienia na obiekcie Stadionu Narodowego, to jest odwołujący i Warbud, a podmioty które wcześniej pełniły obsługę techniczną tego obiektu zaoferowały ceny najniższe. Zamawiający podnosił, iż mimo iż brał dane z poprzedniego przetargu, to jednak też opierały się one na średnich cenach ofert złożonych w postępowaniu na przełomie lat 2012-2013, gdzie występowały podmioty nie mające doświadczenia na tym obiekcie, co tak samo zawyżało średnią cenę ofert. Zamawiający podnosił, że dwa najtańsze podmioty, które złożyły ofertę z tego powodu, że praktycznie znają obiekt, gdyż go obsługiwały potrafiły skalkulować w cenie ryzyka związane z utrzymaniem technicznym obiektu Stadionu Narodowego na realnym poziomie. Inne podmioty mogły te koszty z tytułu ryzyka założyć na poziomie wyższym z racji niepełnej znajomości obiektu. Zamawiający wymaga ciągłej obecności na obiekcie 4 osób z obsługi technicznej, natomiast z wyjaśnień odwołującego wynika, iż założył on większą ilość osób, co może wpływać na zanotowane różnice cenowe.

Przystępujący odnośnie zarzutu niezasadności utajnienia wyjaśnień i załączników i kalkulacji stwierdził, że mają one charakter organizacyjno-handlowy, posiadają dla wykonawcy wartość gospodarczą, gdyż polegają na wypracowaniu rozwiązań, które wykonawca stosuje w praktyce, a konkurenci którzy weszliby w ich posiadanie mogliby bez kosztowo wykorzystać te rozwiązania do swoich celów. Dane te podlegają ochronie i nie zostają publicznie ujawnione, gdyż mogłyby powodować wykorzystanie ich także w innych postępowaniach np. poprzez umożliwienie prognozowania poziomu ceny oferty konsorcjum. Są w nich wskazane warunki płacowe pracowników i dla podwykonawców, a są to informacje podlegające ochronie i konsorcjum nie jest zainteresowane aby konkurencja „podkupowała mu pracowników czy podwykonawców". Wyjaśnienia obrazują warunki handlowej współpracy z firmami zewnętrznymi, które również mają charakter poufny. Załączone dowody obrazują, gdzie przystępujący zakupuje potrzebne materiały i za ile, zatem wykazują gdzie uzyskuje oszczędności. Nie budzi wątpliwości możliwość zastrzegania wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zarówno w orzecznictwie jak i w doktrynie, a w szczególności szczegółowa strategia budowania ceny. Zaznaczał, że pierwszy element to wynagrodzenie ryczałtowe. Fakty świadczą, że odwołujący jak i Veolia zgadzają się co do zasady z tezą że wyjaśnienia ceny, szczegółowe kalkulacje wraz z dowodami mogą być skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa ponieważ sami je zastrzegli: Veolia swoje wyjaśnienia i kalkulacje, a odwołujący szczegółową kalkulację ceny oferty. Przystępujący tak jak w swoim piśmie procesowym z dnia 15 lutego 2016 r. i załączniku do tego pisma kwestionował, iż do realizacji tego zamówienia musiałby użyć 29 pracowników, jak założył odwołujący. Odnosił się do wymagań zamawiającego minimum 4 pracowników. Przystępujący przyznał, że koszty pracownicze w obrębie elementu pierwszego - wynagrodzenia ryczałtowego mają zasadnicze znaczenie. Jest to powyżej 50%

kosztów tego elementu zamówienia. Zamawiający swoje szacunki opierał na wymaganiu obsługi całodobowej 8 osób plus 2 etatów zarządzających, a ostatecznie stanęło na 4 osobach zabezpieczających obiekt w sposób ciągły zgodnie z ostateczną wersją SIWZ przekazanej wykonawcom. Oprócz kosztów osobowych drugi znaczący koszt to usuwanie usterek i zabezpieczanie awarii. W zakres tej usługi wchodzi jedynie usuwanie drobnych awarii i związanych z tym materiałów. Natomiast inne awarie, wymagające większych nakładów usuwa albo gwarant albo zamawiający udziela odrębnego zlecenia wykonawcy zamówienia bądź zewnętrznemu podmiotowi, gdyż nie są objęte tym zamówieniem. Przystępujący stwierdzał, że odnośnie ilości zużywanych materiałów eksploatacyjnych na obiekcie ma bieżące rozeznanie, i wie jaki są koszty wymiany bądź uzupełniania tych materiałów. Źródła światła, te największe (meta-halogeny), są kosztem zamawiającego. Koszt wymiany pozostałych źródeł światła nie jest tak wielki z uwagi na zastosowanie materiałów o dużej trwałości (ok. 30000 godzin trwałości). Przystępujący do bieżącego zabezpieczenia obsługi technicznej dedykuje własnych pracowników, których zatrudnia na umowę o pracę przy kalkulacji kosztowej, która wypełnia dyspozycję art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, a obrazują to przedstawione wyliczenia, iż podane wynagrodzenie jest wyższe od płacy minimalnej zakładanej w trakcie realizacji zamówienia. Przystępujący zastrzegł w

ofercie możliwość powierzenia podwykonawcom szerokiego zakresu prac, gdyż może się dla niego okazać to korzystniejsze, albo zatrudnia podwykonawców na okres zastępstw. Podwykonawcami są serwisy specjalistyczne. W grę mogą wchodzić też np. delegowania pracowników ze strony współkonsorcjanta lub Budimexu. Spółka Ferrovial jako uczestnik konsorcjum współodpowiedzialny za realizację zamówienia, ma rozległy zakres ubezpieczeń OC i w ramach ogólnej polisy konieczne było tylko aneksowanie co do danego zakresu zamówienia. W kwestii oprogramowania jak wyjaśniał ma wdrożony system taki, jakiego zamawiający wymaga i system ten aktualnie jest wykorzystywany. W wyjaśnieniach podał koszty, które wiążą się z utrzymaniem systemu. Odnośnie stawek za roboczogodzinę to jest faktem, że są one wyższe niż Veoli i odwołującego, ale w pierwszym przetargu, w którym oferta przystępującego została wybrana, oznaczył je na jeszcze wyższym poziomie. W tym postępowaniu ograniczył te stawki, ale uważa, że mieszczą się one w rynkowych stawkach dla specjalistów. Tak jak podał w wyjaśnieniach nie jest to stawka, którą będzie płacił kontrahentom i pracownikom, bo na różnicy stawki wypracowuje zysk. Ten zysk również wykazał w swoich wyjaśnieniach. Powołuje się na specyfikę imprez cało-stadionowych, gdzie po pierwsze, nie ma regularności, a jak jest przewidziana impreza to należy ją przygotować w krótkim czasie, wobec czego czasami zachodzi konieczność zatrudniania w godzinach nadliczbowych lub nocnych.

Przystępujący zaznaczał, że skoro wykonawca Veolia na początku funkcjonowania PGE Narodowego zapewniał obsługę techniczną obiektu, to tak samo jak i przystępujący zna wymagania dotyczące tego obiektu, wobec tego nie ma tu żadnej przewagi. W obecnym przetargu Veolia zaoferowała cenę niższą o 24% niż w przetargu poprzednim. Porównywalny jest zakres zamówienia w poprzednim i obecnym przetargu. Impel w stosunku do poprzedniego przetargu podwyższył cenę oferty o 15%.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, opisu potrzeb i wymagań zamawiającego, ofert: konsorcjum FB Serwis S.A., Veolia Industry Polska Sp. z o.o., oferty odwołującego. Ponadto dopuściła dowody z wezwań o udzielenie wyjaśnień dotyczących ceny ofert oraz udzielonych odpowiedzi przez konsorcjum FB Serwis S.A. i Veolia Industry Polska Sp. z o.o. Dowody z dokumentów wnioskowane przez odwołującego.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika konsorcjum FB Serwis S.A. przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego - wynika następujący stan faktyczny.

Przedmiotem postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego jest „Świadczenie usługi obsługi technicznej PGE Narodowego w Warszawie ".

Wraz z zaproszeniem do składania ofert została wykonawcom przekazana specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Opis przedmiotu zamówienia został przytoczony przez odwołującego w treści uzasadnienia odwołania.

Rozdział 2 SIWZ oraz rozdział 4 Wzoru umowy zawiera - Opis podstawowych zadań i obowiązków wykonawcy.

Rozdział 5 SIWZ. Opisuje materiały eksploatacyjne wraz z wymaganą częstotliwością wymian.

Rozdział 12 KOSZTY OBSŁUGI TECHNICZNEJ (Opis potrzeb i wymagań Zamawiającego), załącznik 1 do SIWZ - OPZ

12.1. Zakres kosztów i opłat ponoszonych przez zamawiającego.

12.1.1. Instalacje sanitarne, mechaniczne, technologiczne, klimatyzacyjne

- koszty związane z okresowymi badaniami kontrolnymi UDT (np. zbiorników i zaworów bezpieczeństwa);
- koszty związane z opłatami za dostarczone media jak: woda, gaz, energia elektryczna;

1.1.1. Urządzenia, Instalacje i systemy obiektów PL 2012+

- koszty związane z okresowymi badaniami kontrolnymi UDT dla wind, schodów ruchomych,

zbiorników, zaworów bezpieczeństwa między innymi agregatów chłodniczych, klimatyzacji;
- koszty związane z opłatami za dostarczone media: wodę, energię oraz gaz ziemny;
- koszty napraw, zakupu i wymiany armatury czerpalnej (baterie umywalkowe, baterie zlewozmywakowe, baterie natryskowe, zawory czerpalne, zawory pisuarowe ręczne i automatyczne, itp,) instalacji wod.-kan.;
- koszty napraw, zakupu i wymiany przyborów sanitarnych (umywalki, zlewozmywaki, brodziki, bidety, muszle ustępowe, pisuary, spłuczki itp.) instalacji wod.-kan.
12.2. Zakres kosztów i opłat ponoszonych przez Wykonawcę
12.2.1. Urządzenia, instalacje i systemy - materiały eksploatacyjne.
Zleceniobiorca pokrywa koszty materiałów eksploatacyjnych takich jak np. filtry zmiękczające, cylindry nawilżaczy parowych, środki uzdatniające, źródła światła itp uwzględniając wymaganą częstotliwością ich wymian, na zasadach określonych w p.3.2.2.
Zleceniobiorca zobowiązany jest do archiwizacji wszystkich faktur zakupu, a każdorazowo na wezwanie przedstawiciela Zleceniodawcy przedstawienia ich do wglądu lub/i dostarczenie kopii faktur zakupu.
Zleceniobiorca zobowiązany jest do raportowania do 5 każdego miesiąca zakupu materiałów eksploatacyjnych oraz ilości i rodzaju materiałów eksploatacyjnych.
Wykonawca zobowiązany jest używać do realizacji Umowy wyłącznie materiały dopuszczone do obrotu i stosowania w budownictwie, posiadające wymagane przepisami certyfikaty, aprobaty techniczne itd. Na żądanie Zamawiającego Wykonawca ma obowiązek okazać dokumenty dopuszczające materiały do stosowania w budownictwie.
12.2.2. W przypadku negatywnych wyników badań z winy Zleceniobiorcy (wynikające z zaniedbań konserwacyjnych) dotyczących podpunktów wymienionych poniżej, to koszty dodatkowe pokrywa Wykonawca włącznie z kosztami doprowadzenia instalacji, systemów I urządzeń do prawidłowej pracy:
- koszty związane z okresowymi badaniami kontrolnymi UDT urządzeń na obiekcie Stadion Narodowy (np. windy, schody ruchome, zbiorniki ciśnieniowe, zawory bezpieczeństwa itd.), koszty związane z okresowymi badaniami kontrolnymi Sanepid, PIP, PINB, np. parametrów powietrza obrabianego przez instalacje wentylacji i klimatyzacji,
- koszty związane z okresowymi badaniami kontrolnymi Sanepid instalacji wodociągowych,
- koszty związane z okresowymi badaniami kontrolnymi uprawnionych służb Ochrony Środowiska co do ilości i jakości odprowadzanych zanieczyszczeń do środowiska (spaliny, ścieki, hałas - urządzeń went.-klimatyzacyjnych przy nieodpowiedniej konserwacji),
- koszty związane z opłatami za korzystanie ze środowiska (m.in. opłaty związane z emisją substancji kontrolowanych, spalin, gazów, pyłów, ścieków).
12.3. Kalkulacja kosztów

12.3.1.Wykonawca kalkulując cenę ryczałtu miesięcznego powinien uwzględnić koszty zapewnienia odpowiedniego potencjału ludzkiego, technicznego i materiałowego, umożliwiającego Wykonawcy świadczenie usługi utrzymania ruchu w zakresie kontroli, konserwacji, przeglądów okresowych i usuwania awarii w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego, tj. Wykonawca uwzględnić powinien m.in.:
a) koszty robocizny związanej z wymogiem zapewnienia bezpośredniej obecności 24 godziny na dobę minimum 4 techników obiektu średniodobowo wykonujących bieżącą obsługę, usuwających awarie, obsługujący 24 h na dobę stacje monitoringu BMS oraz wykonujących czynności kontrolne i konserwacyjne maszyn, urządzeń, systemów i instalacji wentylacji i klimatyzacji, wod.-kan. i energetyki cieplnej oraz stolarki/ślusarki drzwiowej i okiennej w dni robocze, wolne od pracy i święta.
b) koszty robocizny związanej z wymogiem wykonywania dodatkowej usługi tj.: przygotowania technicznego do imprez oraz obsługi technicznej wcześniej zgłoszonych imprez (np.: koncerty muzyczne, imprezy korporacyjne, imprezy promocyjne, targi, wystawy, konferencje itp.) i innych imprez masowych przez odpowiednią ilość personelu Wykonawcy, wykonującego czynności kontrolne i konserwacyjne maszyn, urządzeń, systemów i instalacji wentylacji i klimatyzacji, wod.-kan. oraz energetyki cieplnej, osób administracji w obiekcie. Przyjęta w celu wyceny usług ilość roboczo-godzin 13 500 rbg. w okresie 36 miesięcy obsługi imprez (wsparcie składu osobowego obsługi technicznej).
c) koszty robocizny związanej z wykonywaniem specjalistycznych przeglądów okresowych urządzeń i instalacji nie wymienionych w załączniku nr 13 do Umowy,
d) koszty robocizny kadry inżynierskiej związanej z pełnieniem nadzoru nad realizacją

zakresu Przedmiotu zamówienia,
e) koszty robocizny związanej z opracowywaniem, aktualizacją i uzupełnianiem szczegółowych instrukcji i procedur postępowania na wypadek wystąpienia w systemie BMS sygnałów stanów ostrzegawczych i awaryjnych maszyn, urządzeń, systemów i instalacji,
f) koszty robocizny związanej z wdrożeniem i bieżącą aktualizacją procedur wykonywania planowych czynności konserwacyjnych (wraz z przeglądami okresowymi) instalacji i urządzeń wchodzących w zakres Przedmiotu zamówienia, w oparciu o wytyczne DTR producentów urządzeń i warunków gwarancji tj.: z wprowadzaniem i aktualizacją pełnej bazy danych zawierającej wszystkie szczegółowe informacje dotyczące maszyn, urządzeń, systemów i instalacji, tworzeniem i aktualizacją harmonogramów czynności konserwacyjnych, zarządzaniem pracami planowymi opartymi o istniejące i tworzone instrukcje i procedury wykonywania czynności konserwacyjnych oraz pracami bieżącymi,
g) koszty robocizny związanej z opracowywania harmonogramów, raportów, notatek służbowych itp.,
h) koszty robocizny związanej prowadzeniem zbioru raportów SLA, KPI i PPM,

---

i) koszty robocizny związanej z opracowywaniem harmonogramów zakupów wspólnie z Zamawiającym,
j) koszty robocizny związanej ze współpracą z Zamawiającym i Zewnętrznymi Wykonawcami Robót dokonującymi napraw gwarancyjnych maszyn, urządzeń, systemów i instalacji w przypadku wystąpienia uszkodzenia, którego naprawa jest objęta gwarancją,
k) koszty robocizny związanej ze współpracą z Zamawiającym i Zewnętrznymi Wykonawcami Robót, realizującymi na podstawie oddzielnych umów prace remontowe lub inwestycyjne, których zakres ma wpływ bądź w dowolny sposób wiąże się z istniejącą infrastrukturą sanitarną wchodzącą w Przedmiot zamówienia,
l) koszty robocizny związanej z uczestnictwem w określaniu stanu technicznego maszyn, urządzeń, systemów i instalacji i ich części składowych i podzespołów, wchodzących w zakres Przedmiotu zamówienia (np. podczas półrocznych bądź rocznych przeglądach technicznych budynków wykonywanych przez Zamawiającego),
m) koszty utylizacji wymienionych, zużytych materiałów eksploatacyjnych oraz innych materiałów szkodliwych bądź niebezpiecznych dla środowiska (np. roztwory glikolu, oleje, itp.),
n) koszty związane z przygotowaniem raportów pod kątem oszacowania opłat dla Zamawiającego za okresowe badania urządzeń przeprowadzanymi przez Urząd Dozoru Technicznego,
o) koszty związane z opłatami za okresowe badania jakości wody instalacji zimnej wody, przeprowadzanymi przez Sanepid,
p) koszty ryczałtowego zakupu materiałów eksploatacyjnych do wszystkich systemów instalacji i urządzeń dla zapewnienia bezpieczeństwa obiektu i jego funkcjonalności, Wykaz podstawowych materiałów eksploatacyjnych (filtry powietrza, cylindry nawilżaczy parowych, filtry zmiękczające wodę, środki chemiczne uzdatniające czynniki chłodnicze i grzewcze) przygotuje WYKONAWCA w terminie do 3 miesięcy od rozpoczęcia UMOWY w zestawieniach tabelarycznych, z podziałem na poszczególne obiekty i instalacje, wykorzystując nomenklaturę oznaczeń NCS,
q) koszty 30 dniowego (po zakończeniu umowy) uczestnictwa pracowników w przekazywaniu maszyn, urządzeń, instalacji i systemów Infrastruktury technicznej nowemu Wykonawcy, wyłonionemu w kolejnym toku postępowania wyboru dostawcy usług,
r) koszty 30 dniowej obsługi (po zakończeniu umowy) wspólnie z wyłonionym w kolejnym toku postępowania wyboru Wykonawcy usługi.
12.3.2. Wykonawca kalkulując cenę ryczałtu miesięcznego powinien uwzględnić także koszty zapewnienia odpowiedniego potencjału ludzkiego, technicznego i materiałowego, umożliwiającego Wykonawcy świadczenie usługi utrzymania ruchu w zakresie napraw

---

awaryjnych w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego, tj. Wykonawca uwzględnić powinien m.in.:
a) koszty zapewnienia telefonicznej usługi Helpdesk przez 24-godziny w dni robocze,

wolne od pracy i święta,
b) koszty utrzymania odpowiedniego poziomu gotowości personelu i potencjału technicznego (dyżury interwencyjne) do wykonywania:
interwencji serwisowych,
napraw awaryjnych,
zabezpieczenia miejsc awarii i ograniczenia jej skutków z zachowaniem określonych wymogami Przedmiotu zamówienia czasów reakcji oraz czasów usunięcia awarii.
Zamawiający wymaga zapewnienia interwencji przez wykwalifikowanych konserwatorów z branż: energetycznej, chłodniczej oraz wod.-kan. i energetyki cieplnej, posiadających odpowiednie uprawnienia i doświadczenie, wyposażonych w samochody interwencyjne umożliwiające podejmowanie przez nich indywidualnych interwencji awaryjnych przez 24 godziny na dobę w dni robocze, wolne od pracy i święta.
c) koszty zabezpieczenia odpowiedniego dostępu do części zamiennych wraz z kosztami ich zakupu, magazynowania, transportu na terenie kraju i za jego granicami,
d) koszty zapewnienia odpowiednio wykwalifikowanego personelu uczestniczącego w instalacji od Zewnętrznych Wykonawców Robót i rozliczenia usterek odbiorach gwarancyjnych sumarycznie po każdych 12 miesiącach od dnia odbioru. Dodatkowo podsumowane protokołem trójstronnym; Zleceniodawca, Wykonawca, przedstawiciele Zewnętrznego Wykonawcy Robót.
12.3.3. Wykonawca kalkulując cenę ryczałtu miesięcznego powinien uwzględnić ryzyko pojawienia się kosztów związanych z wymogami dotyczącymi interwencji serwisowych i napraw awaryjnych tj. Wykonawca powinien uwzględnić m.in.:
a) koszty robocizny i sprzętu związanych z interwencjami serwisowymi i naprawami awaryjnymi (w tym również koszty specjalistycznych służb serwisowych posiadających odpowiednie uprawnienia i certyfikaty oraz odpowiednią wiedzę, doświadczenie i dostęp do oprogramowania software'owego, oryginalnych materiałów eksploatacyjnych oraz części zamiennych, itp.),
b) koszty robocizny i sprzętu związanych z zabezpieczeniem miejsc awarii i ograniczeniem jej skutków,
c) koszty zakupu wszystkich części zamiennych i materiałów wykorzystanych do napraw awaryjnych.
Zamawiający wyjaśniał, że wymagał od wykonawców skalkulowania nie tylko materiałów eksploatacyjnych, ale wymagał uwzględnienia części zamiennych, jeżeli uszkodzenia i awarie wystąpiły z powodu niedopatrzenia obsługi technicznej. Zamawiający wymagał

„części zamiennych” typu np. wymiany uszczelek w przypadku takiej konieczności, które wynikają z normalnego zużycia.
d) koszty zakupu wszystkich materiałów użytych do zabezpieczenia miejsc awarii i ograniczenia jej skutków,
e) koszty utylizacji wymienionych - zużytych części zamiennych płynów i materiałów eksploatacyjnych i innych materiałów wykorzystanych do napraw awaryjnych bądź do zabezpieczenia miejsc awarii i ograniczenia jej skutków.
f) koszty utylizacji substancji niebezpiecznych zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 28.09.2005 r. Protokoły z przekazania tych substancji firmom zajmującym się ich utylizacją stają się własnością Zleceniodawcy.
WYŁĄCZENIA Załącznik nr 13 do udostępnionego wykonawcom dokumentu - Opis Potrzeb i Wymagań i do SIWZ.
Lista urządzeń, instalacji i systemów wyłączonych z przeglądów serwisowych i konserwacyjnych firmy FM, za które odpowiedzialny będzie Zewnętrzny Wykonawca Robót, bądź są instalacjami „bezobsługowymi” niegenerującymi kosztów:
1. Automatyka i sterowanie, mechanika dla dachu na Stadionie Narodowym wraz z urządzeniami technologicznymi na iglicy np. wciągarki ekranów, napęd garażu,
2. System monitoringu dachu i konserwacji konstrukcji stalowej dachu i lin (wyłączenie nie obejmuje utrzymania drożności instalacji odwodnienia i usuwania z dachu przedmiotów mogących ograniczać odprowadzenie wód opadowych z dachu).
3. Instalacja bezprzerwowego zasilania w energię elektryczną serwerowni - UPS.
4. Siec strukturalna IT, serwerownie + LAN.
5. System Alarmu Pożarowego - SAP.
6. Dźwiękowy System ostrzegawczy - DSO.

7. System Kontroli Dostępu - SKD.
8. System Sygnalizacji Włamania i Napadu - SSWiN.
9. Ekrany LED.
10. System CCTV.
11. Nagłośnienie trybun oraz murawy boiska.
12. System telewizji kablowej.
13. Anteny satelitarne.
14. Digital signale - system monitorów /wyświetlaczy informacyjno-reklamowych.
15. Instalacja do transmisji telewizyjnych tzw. Broadcastowa.
16. Szafy klimatyzacji precyzyjnej.
17. System gaszenia gazem ekranów LED, firmy DEKK.
18. Systemy gaszenia gazem WAGNER.

Uwaga: Wyłączenie powyższych systemów i instalacji nie zwalnia Wykonawcy FM z odpowiedzialności za przygotowanie i monitorowanie harmonogramów przeglądów oraz za wykonanie czynności związanych z czynnościami bieżącej obsługi urządzeń i instalacji zgodnej z PPM.
Przeglądy i konserwacja wymienionych systemów i instalacji będą realizowane przez dostawców systemów na podstawie umów zawartych ze Zleceniodawcą.
Wykonawca jest bezwzględnie odpowiedzialny za utrzymanie gwarancji na niewymienione wyżej systemy i urządzenia, które stanowią wyposażenie [będący] obiektu i są przedmiotem usługi. W uzasadnionych przypadkach jeśli Wykonawca FM przy przeglądach i konserwacji nie będzie korzystał z usług gwarantów-dostawców systemów, Wykonawca FM udzieli swojej gwarancji na okres nie krótszy niż do końca okresu obowiązującej gwarancji. Wszelkie przeglądy i konserwacja muszą być wykonywane w zakresie i z częstością, które zapewnią zgodność z obowiązującymi przepisami oraz utrzymanie urządzeń, instalacji i systemów w ciągłej sprawności i ich prawidłowe funkcjonowanie. Do przeprowadzanych napraw i prac konserwacyjnych powinny być używane części i podzespoły zamienne oraz materiały eksploatacyjne zalecane przez producentów urządzeń i systemów.
Zamawiający w trakcie rozprawy podtrzymał, że w odniesieniu do listy wyłączeń wykonawca usługi utrzymania technicznego nie zajmuje się utrzymaniem systemów wymienionych w załączniku 13. Do wykonawcy należy jedynie monitorowanie bądź systemowe, bądź przez bezpośrednie czynności stanu tych urządzeń i zgłaszanie zamawiającemu jaki jest stan urządzeń.
Rozdział 5 SIWZ. Materiały eksploatacyjne wraz z wymaganą częstotliwością wymian.
5.1. Materiały eksploatacyjne i koszty.
Wykonawca w ramach ryczałtowego wynagrodzenia pokrywa koszty materiałów eksploatacyjnych takich jak np.: filtry, źródła światła, paski klinowe, środki chemiczne (sól do stacji uzdatniania wody, środki chemiczne i bakteriobójcze stosowane przy konserwacji urządzeń), środki smarownicze, bezpieczniki, baterie akumulatorów (bramy i kurtyny, oświetlenie awaryjne, UPS-y, uzupełnianie freonów w przypadku ubytku w trakcie przeglądów, oleje m.in. sprężarki powietrza, generatory sprężarki maszynowi chłodu, uszczelki oraz inne materiały eksploatacyjne konieczne do poprawnego funkcjonowania Obiektu w tym śruby, kołki itp. Szczegółowy wykaz minimalnych oczekiwań Zamawiającego zawiera zapis w rozdziale 5.
Koszty opróżniania separatorów tłuszczu na terenie stadionu pokrywa Najemca/Użytkownik poszczególnych kiosków, restauracji.
Koszty opróżniania separatorów z substancji ropopochodnych i ich utylizacji pokrywa Wykonawca.

Wszystkie koszty związane z udrażnianiem i opróżnianiem oraz utrzymywaniem w ciągłej sprawności instalacji kanalizacji (wewnętrznej i zewnętrznej) sanitarnej oraz deszczowej ponosi Wykonawca, w tym również koszty pobierania próbek i koszty badań i przeglądów wg wytycznych operatów wodno-prawnych oraz stosownych przepisów.
5.2. Wykonawca, w ramach świadczenia usługi zobowiązany jest do systematycznej wymiany materiałów eksploatacyjnych, w tym w szczególności:

a) filtry w tym m.in. powietrza, chemiczne, freonu, oleju, zmiękczające wodę, siatkowe,
b) cylindry nawilżaczy parowych, wkłady nawilżaczy ultradźwiękowych,
c) czynniki chłodnicze: gaz chłodniczy (freony) i/lub roztwory glikolu w przypadku konieczności uzupełnienia ubytków,
d) środki chemiczne uzdatniające czynnik i chroniące instalacje chłodu technologicznego oraz c.o. w tym w szczególności sól tabletkowa, środki bakteriobójcze, inhibitory,
e) środki bakteriobójcze stosowane w konserwacji urządzeń i instalacji wentylacyjnych,
f) paski klinowe, łożyska, smary,
g) baterie i akumulatory m.in. do sterowników, zadajników, bram I kurtyn, oświetlenia awaryjnego, upsów, z wyjątkiem urządzeń takich jak: Bateria centralna systemu oświetlenia awaryjnego i ewakuacyjnego, UPS-ów dużej mocy (Benning),
h) wentylatory szaf, falowników,
i) źródła światła z wyłączeniem lamp metahalogenowych, których koszt zakupu poniesie Zamawiający,
j) oleje w sprężarkach powietrza oraz sprężarkach chłodu,
k) śruby, kołki, nakrętki, elementy mocujące i podobne,
l) uszczelki np.: do drzwi, instalacji i urządzeń ciepła i chłodu technologicznego, instalacji i urządzeń wod.-kan., instalacji centralnego ogrzewania, itp.,
ł) i inne nie wymienione, a niezbędne do właściwego wykonania Przedmiotu Zamówienia z częstotliwością określoną w DTR-kach oraz w celu zapewnienia utrzymywania parametrów technicznych, higienicznych i wydajnościowych oraz odpowiednich zabezpieczającą urządzenia, systemy i instalacje przed zbyt szybkim wyeksploatowaniem z powodu utraty właściwości i parametrów techniczno-użytkowych.
5.3. Wykaz wszystkich materiałów eksploatacyjnych (np. źródła światła, filtry powietrza, paski klinowe, cylindry nawilżaczy parowych, filtry zmiękczające wodę, środki chemiczne, inne) przygotuje Wykonawca w terminie do 3 miesięcy od rozpoczęcia Umowy w zestawieniach tabelarycznych, z podziałem na poszczególne instalacje i systemy, wg ich oznaczeń i/lub zgodnie z dokumentacją techniczną. Zamawiający ma prawo uzupełnienia wykazu zestawienia materiałów eksploatacyjnych wg wymagań zapisów opisu przedmiotu zamówienia w pkt 5.
33

5.4. Niezależnie od zapisów powyżej Wykonawca zobowiązany jest do wymiany materiałów eksploatacyjnych niezwłocznie po utraceniu przez te materiały właściwości zapewniających poprawne funkcjonowanie.
Uwaga: w przypadku wystąpienia awarii związanej z utratą czynnika chłodniczego Wykonawca dodatkowo zobowiązany jest do wykonania naprawy wraz z uzupełnieniem czynnika chłodniczego w czasach określonych zgodnie z pkt 4.2.
Ppkt 21.2. Kwoty ww. podane muszą uwzględniać wszystkie koszty jakie ponosi Zamawiający.
Ppkt 21.4. Podana stawka osobo-roboczogodziny będzie obowiązywała przy rozliczeniu za wykonanie, zgodnie z wymaganiami określonymi w umowie (zał. 4 do SIWZ). Rozliczenie następować będzie w okresach miesięcznych, jako iloczyn godzin realizacji zamówienia i stawki osobo-roboczogodziny.
Rozdział V Wzoru umowy zawiera zasady wynagrodzenia i rozliczeń.
Punkt 24. SIWZ. Kryteria oceny ofert.
- cena - 95%
- skrócenie czasu usunięcia awarii - 5%.
Wykonawca zobowiązany był złożyć Formularz ofertowy według wzoru zał. 2 do SIWZ. W formularzu tym wykonawca określał część zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcom.
Formularz kosztów realizacji zamówienia obejmuje wzór zał. 3 do SIWZ.
Punkt 21 SIWZ. W Formularzu ofertowym należy podać:

a) kwotę wynagrodzenia za realizację przedmiotu zamówienia stanowiącą iloczyn ryczałtowej stawki miesięcznej i 36 miesięcy założonego terminu realizacji zamówienia.
b) stawkę za osobo-roboczogodzinę pracy pracownika wykonawcy podczas dodatkowej obsady pełniącej dyżur podczas trwania imprez całostadionowych.

Formularz kosztów realizacji zamówienia według wzoru zał. 3 do SIWZ.

Część I - stała obsługa techniczna, objęta ryczałtem miesięcznym oraz wynagrodzenie ryczałtowe za 36 miesięcy realizacji zamówienia.
Część II - obsługa imprez całostadionowych (punkt 5.3.2 wzoru umowy - łączna liczba roboczogodzin 8 500)
Część III - obsługa imprez - konferencji międzynarodowych - (punkt 5.3.3 wzoru umowy) - łączna liczba roboczogodzin 5000)
Zamawiający udzielał wyjaśnień do SIWZ. Na pytanie 16 dotyczące punktu 12.3.1. *Wykonawca kalkulując cenę ryczałtu miesięcznego powinien uwzględnić koszty zapewnienia*
34

---

odpowiedniego potencjału ludzkiego, technicznego i materiałowego, umożliwiającego Wykonawcy świadczenie *usługi utrzymania ruchu w zakresie kontroli, konserwacji, przeglądów okresowych i usuwania awarii w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego, tj. Wykonawca uwzględnić powinien m.in.:*
a) koszty robocizny związanej z wymogiem zapewnienia bezpośredniej obecności 24 godziny na dobę minimum 4 techników obiektu średniodobowo *wykonujących bieżącą obsługę, usuwających awarie, obsługujący 24 h na dobę stacje monitoringu BMS oraz wykonujących czynności kontrolne i konserwacyjne maszyn, urządzeń, systemów i instalacji wentylacji i klimatyzacji, wod.-kan. i energetyki cieplnej oraz stolarki/ślusarki drzwiowej i okiennej w dni robocze, wolne od pracy i* święta
- zamawiający podał, że: *„W kalkulacji kosztów uwzględniona jest minimalna wymagana przez Zamawiającego obsada, zadaniem wykonawcy jest jednak odpowiednie skalkulowanie wielkości obsady do zakresu wymaganych prac w ramach realizacji przedmiotu zamówienia."*
Zamawiający wyjaśniał, że jego odpowiedź na wymienione pytanie należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca miał zabezpieczyć 24h/dobę minimum 4 techników średniodobowo. Wykonawca, jeżeli uważał, że dla wypełnienia wszystkich zdań potrzebna jest większa obsada, mógł to uczynić. Organizacja pracy pozostawała po stronie wykonawcy.
Odpowiedź na pytanie 42. Zamawiający odmówił wykonawcom podania ilości zużytych materiałów eksploatacyjnych w skali jednego roku twierdząc, że nie posiada takich danych.
Kwota brutto jaką zamawiający przewidział na realizację zamówienia - 15 542 280,00 zł brutto. Przy ustalaniu wartości szacunkowej kierował się wynikiem poprzedniego przetargu.
Wycena inwestorska - zamówienie publiczne: „Obsługa techniczna"
1. Założenia. Wycenę sporządzono w oparciu o ceny rynkowe z poprzedniego przetargu i dodatkowe koszty związane ze zwiększeniem zakresu.
2. Ryczałt:
2.1.Cena rynkowa na podstawie wyniku przetargu 2012/2013r.
Przyjęto, że ceny rynkowe usług nie uległy zmianie.
Złożono 7 ofert - średnia cena ofert za 3 lata: 7.570.000,00zł (netto)
2.2. Wyliczenie wartości usług, które znajdują się w obecnym przetargu, a nie były ujęte w przetargu 2012/2013r;
a) Koszt przeglądów pięcioletnich: - 680.000,00 zł (netto)
b) Dodatkowe koszty wymiany zużytych materiałów eksploatacyjnych: - 770.000,00 zł (netto),
c) Koszty wynikające z konieczności zatrudnienia dodatkowych pracowników (3 osoby)
3 osoby x 24 h x 365dni x 3 lata x 38zł/h = 3.000.000,00 zł.(netto).

35

Łączny, przewidywany koszt (na 3 lata 1: = 12.020.000,00 zł (netto)
Uwaga: - ryczałt zawiera koszty obsługi imprez małych i przygotowania do całostadionowych.
3. Godziny dodatkowe (imprezy);
3.1. Założenia na bazie planowanego kalendarza imprez przyjęto ilość godzin dodatkowych 7000 h (na trzy lata).
3.2. Założenia (na 3 lata) - konferencja międzynarodowa przyjęto ilość godzin dodatkowych 5000 h
3.3. Średnia cena netto z poprzedniego przetargu (2012/2013r.) - 51,33 zł/h
Łączny, przewidywany koszt obsługi imprez netto (na 3 lata) = (7000h + 5000h)x 51,33 zł/h = 615 960.00 zł.

Całkowity koszt na 3 lata wynosi: 12 020 000,00 zł + 615 960,00 zł =12 636 000 zł
Były to obliczenia szacunkowe na początek postępowania. Po fazie dialogu konkurencyjnego dane te uległy modyfikacji i zamawiający nie podtrzymał wymogu zwiększenia zatrudnienia dodatkowych pracowników. Koszty przeglądów 5-letnich zostały podtrzymane.
Zamawiający potwierdził, iż w latach ubiegłych, tj. od 2013 r. przedmiotową usługę wykonywało dla niego konsorcjum FB Serwis S.A; Ferrovial Servicios S.A.
Cena ryczałtowa kontraktu za 36 miesięcy wynosiła 4 710 000,00 zł brutto. Stawka za roboczogodzinę 75,00 brutto (60,98 zł netto). Cena całkowita była kalkulowana przy ilości roboczogodzin 7 500.
Odwołujący oraz wykonawca Veolia, w oznaczonych okresach wcześniejszych również wykonywali usługi obsługi technicznej PGE Narodowego.
Zamawiający nie zastrzegł w trybie art. 36 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na przedmiotowe usługi i roboty.
Zamawiający nie określił w opisie przedmiotu zamówienia w trybie art. 29 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności.
W przedmiotowym postępowaniu, oferty złożyło czterech wykonawców:
1. Konsorcjum FB Serwis S.A (lider); Ferrovial Servicios S.A. (partner) - cena 5 293 899,00 zł brutto.
2. Veolia Industry Polska Sp. z o.o. cena - 9 571 337,00 zł brutto.
3. Odwołujący Impel Tech Solutions Sp. z o.o. cena - 12 215 745,00 zł brutto.
4. Warbud VINCI Facilities Sp. z o.o. cena - 20 681 566,56 zł brutto.
36

Średnia cena 11 940 636 zł
FORMULARZ OFERTOWY konsorcjum FB Serwis S.A; Ferrovial Servicios S.A. - 5 293 899,00 zł brutto.
Część I - stała obsługa techniczna i administrowanie, objęta ryczałtem miesięcznym oraz wynagrodzenie ryczałtowe za 36 miesięcy realizacji zamówienia - brutto 4 380 624,00 zł (netto 3 561 482,93 zł, przy 23% VAT).
Część II - obsługa imprez całostadionowych (punkt 5.3.2 wzoru umowy - łączna liczba roboczogodzin 8 500) - konsorcjum zaoferowało stawkę 55,00 zł netto, 67,65 zł brutto za 1 rb/h od osoby -575 025,00 zł brutto.
Część III - obsługa imprez międzynarodowych (punkt 5.3.3 wzoru umowy) - łączna liczba roboczogodzin 5000) - konsorcjum zaoferowało stawkę, 55,00 zł netto, 67,65 zł brutto za 1 rb/h od osoby -338 250,00 zł brutto (.
Konsorcjum FB Serwis S.A; Ferrovial Servicios S.A. - w dokumentach oferty przewidziało powierzenie podwykonawcom wszystkich robót z wyłączeniem koordynacji i kierowania robotami w ramach Generalnego Wykonawstwa.
FORMULARZ OFERTOWY Veolia Industry Polska Sp. z o. o. - 9 571 337,00 zł brutto.
Część I - stała obsługa techniczna, objęta ryczałtem miesięcznym oraz wynagrodzenie ryczałtowe za 36 miesięcy realizacji zamówienia - 9 147 492,00 zł.
Część II - obsługa imprez całostadionowych (punkt 5.3.2 wzoru umowy - łączna liczba roboczogodzin 8 500) - stawka godzinowa 29,67 brutto pkt II - 252 195,00 zł
Część III - obsługa imprez międzynarodowych (punkt 5.3.3 wzoru umowy) - łączna liczba roboczogodzin 5000), stawka godzinowa 34,33 zł brutto - 171 650,00 zł
- w dokumentach oferty wykonawca przewidział powierzenie podwykonawcom oznaczonych robót.
Odwołujący przewidział stawki godzinowe za obsługę imprez 45,00 zł netto (55,35 zł brutto)
Pismami o jednobrzmiącej treści zamawiający w dniu 11 stycznia 2016 r. wezwał wykonawców:
1. konsorcjum FB Serwis S.A; Ferrovial Servicios S.A.
2. Veolia Industry Polska Sp. z o. o.
- do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o treści: *„wzywa do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, celem ustalenia czy oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.”*
Zamawiający nie żądał przedłożenia dowodów w powyższym zakresie.

Wezwani wykonawcy przedłożyli zamawiającemu przedmiotowe wyjaśnienia wraz z dowodami.
Konsorcjum FB Serwis S.A; Ferrovial Servicios S.A. zastrzegł swoje wyjaśnienia, jak również wszystkie załączniki do wyjaśnień - jako tajemnicę jego przedsiębiorstwa.
Analogicznie postąpił wykonawca Veolia Industry Polska Sp. z o. o., który częściowo zastrzegł treść wyjaśnień oraz wszystkie załączone dowody.
Ww. wykonawcy przedstawili obszerne i umotywowane uzasadnienie dla uzasadnienia poczynionych zastrzeżeń.
Zarówno odwołujący IMPEL Tech Solutions "COMPANY" Sp. z o. o. Sp. k., jak i wykonawca Veolia Industry Polska Sp. z o. o. kilkakrotnie zwracali się do zamawiającego o odtajnienie złożonych wyjaśnień oraz dowodów złożonych przez konkurentów.
Wykonawca Veolia Industry Polska Sp. z o. o. w dniu 29 stycznia 2016 r. żądał odtajnienia wyjaśnień konsorcjum FB Serwis S.A; Ferrovial Servicios S.A. wraz z dowodami.
Odwołujący IMPEL Tech Solutions "COMPANY" Sp. z o. o. Sp. k. żądał odtajnienia wyjaśnień konsorcjum FB Serwis S.A; Ferrovial Servicios S.A. i Veolia Industry Polska Sp. z o. o. dotyczących rażąco niskiej ceny.
Przy piśmie z dnia 29 stycznia 2015 r. zamawiający udostępnił wyjaśnienia wykonawcy Veolia Industry Polska Sp. z o. o. w zakresie w jakim nie zostały one utajnione.
Zamawiający potwierdził, że badał zasadność utajnienia zastrzeżonych dokumentów zarówno przez konsorcjum jak i wykonawcę Veolia i uznał, że spełniają one warunki tajemnicy przedsiębiorstwa. W treści przedmiotowych wyjaśnień obydwaj wezwani wykonawcy wskazali szereg elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w tym w szczególności związanych z oszczędnością metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych w sposób zindywidualizowany danemu wykonawcy, w tym dotyczących kosztów pracy, ofert podwykonawców.
Przedmiotowe wyjaśnienia poparte zostały szeregiem dowodów, w tym szczegółową kalkulacją ceny wykonawcy Veolia Industry Polska Sp. z o. o., jak i konsorcjum FB Serwis S.A; Ferrovial Servicios S.A.
Pismem z dnia 20 stycznia 2016 r. wykonawca Veolia Industry Polska Sp. z o. o. zwracał zamawiającemu uwagę na wysokie prawdopodobieństwo, że oferta konsorcjum FB Serwis S.A; Ferrovial Servicios S.A. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdzie udowadniał, że w zakresie poz. 1 Formularza cenowego, przy zatrudnianiu na umowę zlecania minimalne koszty zatrudnienia pracowników wynosiłby - 1 572 559,20 zł. Przy zatrudnianiu na umowę o pracę - 1 606 521,60 zł. (cena netto

3 561 482,93 zł). Wykonawca Veolia Industry Polska Sp. z o. o. stwierdzał, że minimalny koszt zatrudnienia pracownika z odpowiednimi kwalifikacjami i uprawnieniami to 2 500,00 zł brutto miesięcznie.
Uwzględniając minimalne wynagrodzenia wynikające z unormowań ustawowych miesięczny koszt zatrudnienia pracownika to 2 231,28 zł i 2 184,11 zł w przypadku zleceniobiorcy.
Swoje wyliczenia, że całkowite koszty konsorcjum FB Serwis S.A; Ferrovial Servicios S.A. przekraczają cenę złożonej oferty, wykonawca Veolia Industry Polska Sp. z o. o. poczynił, przy założeniu, że konsorcjum powinno stosować jednolitą stawkę wynagrodzenia w zakresie elementu wyceny od 1 do 3, tj. 67,65 zł brutto za rb/h. Ponadto, wykonawca Veolia Industry Polska Sp. z o. o. wskazywał, że zgodnie z wymaganiami SIWZ; OPiW, rozdział 5 i we wzorze umowy, rozdział 3 oraz 4 cena oferty winna obejmować materiały eksploatacyjne, przeglądy i obsługę wymienionych instalacji i urządzeń.
Bezsporne pozostawało, że konsorcjum FB Serwis S.A; Ferrovial Servicios S.A., jako dotychczasowy wykonawca zamówienia nie musiał wliczać kosztu oddelegowania pracowników na 1-2 miesiące wcześniej celem zapoznania się z obiektem i wdrożenia usługi. Nie musiał też przystosowywać posiadanego systemu komputerowego do monitorowania stanu obiektu.
W dniu 25 stycznia 2016 r. zamawiający powiadomił o wyniku przetargu, że wybrał ofertę konsorcjum: FB Serwis S.A; Ferrovial Servicios S.A., której przydzielił punktację - 100,00. W

drugiej kolejności sklasyfikował ofertę Veolia Industry Polska Sp. z o. o. - punktacja 57,53.
Na trzecim miejscu znalazła się oferta odwołującego - 46,16 pkt.
Odwołujący w załączniku nr 6 do odwołania - zastrzeżonym jako tajemnica jego przedsiębiorstwa przedstawił szczegółową kalkulację ceny własnej oferty, na podstawie dokonanych przez siebie założeń.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący posiadał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp skoro wykazywał, że w wyniku dokonania zaskarżonych czynności przez zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych - został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co prowadzi do poniesienia szkody przez odwołującego wskutek utraty szans na zawarcie umowy z zamawiającym.

Ad. Zarzut 1 - naruszenia art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień złożonych przez konsorcjum FB Serwis S.A. oraz wyjaśnień wykonawcy Veolia Industry Polska Sp. z o. o. w zakresie rażąco niskiej ceny, zawierającej informacje bezprawnie utajnione.

Przepis art. 8 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.

Przywołany przepis dotyczy zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie lub wniosku. Oczywistym jest jednak, że jeżeli zastrzeżeniu podlegają informacje przekazane w wyjaśnieniach dotyczących treści oferty lub w wyjaśnieniach odnoszących się do wysokości ceny oferty, bądź dozwolonym uzupełnianiu dokumentów oferty, zastrzeżenie dokonywane jest wraz ze złożeniem przez wykonawcę danego pisma wraz z ewentualnymi załącznikami.

Zauważyć należy, że zgodnie z odesłaniem zawartym w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp do ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503) art. 11 ust. 4 Uznk - przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa zostały wyjaśnienia konsorcjum: FB Serwis S.A., Ferrovial Servicios S.A. obejmujące dane wraz z załącznikami obrazujące, między innymi:
- kalkulacje ceny ofertowej (sposób kalkulacji, przyjęte kwoty);
- dostawy - źródła dostaw, ceny materiałów, uzyskane rabaty;
- podwykonawców, z którymi współpracuje wykonawca, ceny ofert na wykonanie robót podwykonawczych w zakresie zamówienia
- stosowane rozwiązania organizacyjne i zasady współpracy w ramach danej grupy kapitałowej, do której wykonawca przynależy.

W ocenie Izby, niewątpliwie informacje zawarte w wyjaśnieniach mają wartość gospodarczą dla konsorcjum FB Serwis S.A., w szczególności dotyczy to takich zagadnień jak: organizacja pracy, logistyka, koszty wykonywania usług, wysokość zysku, kontakty z kontrahentami, ceny uzyskane za podwykonawstwo, ceny materiałów, wielkość rabatów, źródła dostaw. Ponadto sposób kalkulacji ceny zapewniający wykonawcy optymalizację zysków stanowi zbiór wypracowanych w praktyce metod prowadzenia własnej działalności gospodarczej, wpływający na sposób budowania ceny oferty. Ten wypracowany sposób wyceny stanowi istotną dla wykonawcy wartość gospodarczą, albowiem pozwala mu na utrzymywanie jego przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami, działającymi w tej

samej branży. Kalkulacja ceny ofertowej obrazuje sposób działania wykonawcy, organizację pracy i stosowane metody oraz sposób kalkulacji, który po pierwsze pozwalał na zaoferowanie ceny najkorzystniejszej, a po drugie pozwala na prawidłowe zrealizowanie zamówienia za zaoferowane wynagrodzenie i osiągnięcie zysku, stanowiąc podstawy

rentowności przedsiębiorstwa. Sposoby kalkulacji ceny wypracowywane przez kilka lat, w oparciu o doświadczenie zatrudnianych pracowników i współpracy ze sprawdzonymi podwykonawcami posiadają dla wykonawcy wartość gospodarczą, mają wpływ na utrzymanie jego konkurencyjności na rynku.

Źródła dostaw, ceny materiałów, usług podwykonawczych, jakie są oferowane wykonawcy wysokość rabatów i zasady otrzymywania tych rabatów są również elementem organizacji przedsiębiorstwa, elementem prowadzonej działalności, wypracowanych kontaktów i posiadają wartość gospodarczą, jako informacje handlowe. Gdyby konkurenci mieli świadomość tego, od jakich podmiotów, za jakie ceny i na jakich warunkach dany wykonawca kupuje materiały i uzyskuje usługi, mogliby podejmować próby nawiązania kontaktu z tymi samymi dostawcami i uzyskania podobnych cen, co mogłoby wpłynąć negatywnie na konkurencyjność skarżonego konsorcjum. Niewątpliwie wyszukanie i nawiązanie korzystnych kontaktów handlowych, wypracowanie własnych procedur w toku realizacji zamówienia - wymagało zaangażowania czasowego i poniesienia nakładów po stronie wykonawcy, które jako wartości gospodarcze ma prawo chronić.

Utajnienie omawianego wyżej zakresu informacji należy uznać za zgodne z prawem, bowiem zgodnie z postanowieniem Sądu Antymonopolowego z dnia 30 października 1996 r. sygn. akt XVII Amz 3/96: *„Tajemnicę przedsiębiorstwa stanową dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia zbytu".* W ten sam sposób wypowiedziała się również Krajowa Izby Odwoławcza w wyroku z dnia 17 października 2008 r. *„Informacje nieujawnione do wiadomości publicznej o kontrahentach przedsiębiorcy, wielkości produkcji, czy też podpisanych umowach i kwotach z nich wynikających wypełniają przesłankę określoną w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji."*

Co charakterystyczne odwołujący przedkładając dla porównania - kalkulację własnej ceny oferty również objął ją klauzulą tajemnicy jego przedsiębiorstwa, co dowodzi braku konsekwencji zgłaszanych zarzutów i przedstawianej argumentacji. Odwołujący podał: *„Na gruncie art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (u.z.n.k.), ochronie podlega każda informacja bez względu na jej charakter, a więc informacja handlowa, techniczna, technologiczna lub organizacyjna. W przypadku informacji zastrzeżonych w załączonym do Odwołania dokumencie, Odwołujący wskazuje, że dotyczą one informacji handlowych Odwołującego. W załączonym dokumencie znajdują się ceny i inne ściśle handlowe informacje stanowiące tajemnicę handlową Odwołującego. Informacje te nie są ujawniane do*

wiadomości publicznej i są niedostępne w drodze dozwolonych źródeł i środków. Do informacji zawartych w przytoczonych kontraktach mają dostęp jedynie nieliczne osoby. Odwołujący podjął i kontynuuje niezbędne działania w celu zachowania poufności danych i informacji zastrzeżonych w niniejszym piśmie jako tajemnica przedsiębiorstwa. (…) Podobnie w przypadku danych dotyczących kosztów zatrudnienia pracowników - innymi słowy wysokości wynagrodzeń oferowanych pracowników Odwołującego. Nie ulega wątpliwości, iż w aktualnych realiach rynkowych budowa przewagi konkurencyjnej wymaga w znacznym stopniu zatrudnienia i utrzymania wyspecjalizowanej kadry pracowniczej. Przekazanie, ujawnienie lub wykorzystanie informacji zawartych w załączonym do odwołania dokumencie zagrażałoby interesowi przedsiębiorcy jakim jest Odwołujący oraz innym podmiotom z Grupy Kapitałowej IMPEL Poufne informacje o polityce handlowej, zasadach współpracy, polityce zatrudnienia oraz stosowanych przez Odwołującego upustach i innych elementach cenowych, przedstawia samodzielną wartość handlową w relacjach z konkurencyjnymi firmami. Z tych też względów zachodzi potrzeba ochrony przed ich bezprawnym ujawnieniem i wykorzystaniem."

Na odwołującym, który faktycznie nie ma możliwości zapoznania się z treścią zastrzeżonych przez konsorcjum dokumentów, spoczywałby obowiązek dowodowy na okoliczność bezskuteczności zastrzeżeń przynajmniej w zakresie wykazania, że informacje tego typu jak zawarte w wyjaśnieniach, zostały podane do ogólnej wiadomości i są publicznie dostępne, a podmioty trzecie mogą legalnie wejść w ich posiadanie, np. przez zapoznanie się z zawartością stron internetowych konsorcjum FB Serwis S.A. Odwołujący takiego dowodu nie złożył, co świadczy, że skarżone konsorcjum podjęło odpowiednie działania organizacyjne w celu utrzymania ww. informacji w tajemnicy. Elementem takich działań jest samo skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego informacje zawarte w omawianych dokumentach wyjaśnień i

złożonych wraz nim załączników, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa konsorcjum FB Serwis S.A., bowiem spełniają łącznie wszystkie przesłanki art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwe] konkurencji tj.:

1) mają charakter organizacyjno- handlowy,

1) nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej,

2) posiadają wartość gospodarczą dla wykonawcy,

3) wykonawca, co do zastrzeżonych informacji podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

To samo stanowisko odnosi się do zarzutu nieodtajnienia zastrzeżonej części wyjaśnień wykonawcy Veolia Industry Polska Sp. z o. o., w zakresie rażąco niskiej ceny wraz

z przedłożonymi kalkulacjami i dowodami, gdyż mają one taki sam charakter jak omówione wyżej dokumenty przedłożone przez konsorcjum FB Serwis S.A.

Zarzut nie znalazł potwierdzenia, gdyż zamawiający nie naruszył przepisu art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp przez nieodtajnianie zastrzeżonych dokumentów - wyjaśnień złożonych przez konsorcjum FB Serwis S.A. i Veolia Industry Polska Sp. z o. o. w zakresie rażąco niskiej ceny, albowiem dokumenty te zawierały informacje o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie żądał szczegółowych kalkulacji cenowych w dokumentach oferty, np. kosztorysu ofertowego według podanego wzoru, nie ma zatem zastosowanie wyłączenie tajemnicy przedsiębiorstwa w oparciu o art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, stanowiący że podczas otwarcia ofert podaje się informacje dotyczące ceny. Informacje zawarte w formularzu kosztowym zostały podane wszystkim wykonawcom. Zamawiający w związku z wnioskami wykonawców o odtajnienie dokumentów konkurencji - przeprowadził weryfikację zawartych w nich danych i zasadnie zdecydował, że spełniają one przesłanki skutecznego ich utajnienia.

Ad. Zarzut II - naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum FB Serwis S.A., jak i wykonawcę Veolia Industry Polska S.A. - jako zawierających rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Istotnie, dało się zauważyć znaczne rozwarstwienie cenowe ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i rozbieżność cen najtańszych ofert z wartością szacunkową zamówienia przyjętą przez zamawiającego.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:
1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.);
2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Przesłanki wymienione w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie mają charakteru wyczerpującego chociaż stanowią istotną wskazówkę interpretacyjną, a ponadto nie muszą występować łącznie. Sama zatem rozbieżność między wartością szacunkową zamówienia a ceną ofert stwarzała podstawy do żądania wyjaśnień, a wezwani wykonawcy nie kwestionowali zasadności wezwania i się do niego dostosowali.

Przepis art. 32 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje, że podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.

Przepis art. 35 ust. 1 ustawy Pzp nakazuje ustalenie wartości zamówienia nie

wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania, o ile przedmiotem zamówienia są usługi powtarzające się okresowo, bierze pod uwagę wartość usług udzielonych w okresie poprzednich 12 miesięcy z uwzględnieniem prognozowanych zmian ilościowych. Jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia.

Zamawiający w tym postępowaniu przetargowym ujawnił, że oszacowanie przeprowadził w 2015 r. łączna kwota jaką zamawiający przewidział na realizację zamówienia wynosi brutto - 15 542 280,00 zł. Przy ustalaniu wartości szacunkowej kierował się wynikiem poprzedniego przetargu z roku 2012/2013 w oparciu o średnią cenę złożonych ofert. Ponadto, w trakcie dialogu zamawiający dopracował swoje wymagania, i częściowo je zmienił w stosunku do tych, które przyjmował do wyceny szacunkowej, chociażby odstąpił od wymogu, aby na terenie obiektu wykonawca zabezpieczał 8 osób w sposób ciągły do obsługi. Poprzestał na wymaganiu, aby były to 4 osoby. Początkowo planowano 25 000 rbg (dwadzieścia pięć tysięcy) w okresie 36 miesięcy obsługi imprez (wsparcie składu osobowego obsługi technicznej, poz. 2 i 3 Formularza kosztowego), ostatecznie ilość roboczogodzin została ustalona na poziomie 13 500.

Wobec powyższego, szacunki zamawiającego nie mogły stanowić jedynej miarodajnej podstawy do porównania oferty wykonawcy konsorcjum FB Serwis S.A. oraz oferty wykonawcy Veolia Industry Polska S.A. i zaoferowanych przez tych wykonawców cen za realizację zamówienia oraz badania, czy nie zawierają one rażąco niskiej ceny. Szacunki zamawiającego nie odnoszą się do konkretnych możliwości każdego z wykonawców, ale zawierają koszty uśrednione, kalkulowane na takim poziomie, aby zabezpieczyć finansowanie dla danego zamówienia w całym okresie realizacji.

Zamawiający wzywając dwóch wykonawców, których oferty przedstawiały najniższe ceny do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość

ceny miał na względzie, że ceny całkowite w tych ofertach są niższe o ponad 30% w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia, a więc wskazywał na arytmetyczną rozbieżność tych cen z kwotą wartości szacunkowej zamówienia.

Arytmetyczna rozbieżność ceny oferty z kwotą wartości szacunkowej zamówienia, czy do średniej cen ofert, stwarza jedynie podstawy do żądania wyjaśnień, natomiast nie może automatycznie przesądzać o uznaniu ceny badanej oferty za rażąco niską. Dopiero negatywny wynik oceny przez zamawiającego złożonych przez wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami mającymi potwierdzać realność przedstawianych kalkulacji - daje ewentualne podstawy do odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust 3 ustawy Pzp.

Należy przy tym wskazać, że ustawa Pzp wymaga, aby wyjaśnienia wykonawcy odnośnie braku ceny rażąco niskiej były przekonywujące, a ocena w tym zakresie należy do zamawiającego (i w niniejszej sprawie wypadła ona pomyślnie dla wykonawców składających wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). W przypadku każdego z tych wykonawców, zamawiający badał czy przedstawiona argumentacja oraz załączone dowody pozwalają na uznanie ceny za realną. W tym, zamawiający badał prawidłowość wyceny zastosowanej przez skarżone konsorcjum: FB Serwis S.A., Ferrovial Servicios S.A. oraz Veolia Industry Polska Sp. z o.o.

Zamawiający miał prawo przyjąć wyjaśnienia konsorcjum FB Serwis, w tym takie przywoływane okoliczności jak:
- unikalna wiedza dostępna grupie kapitałowej, w której jest sytuowany FB Serwis dotycząca usług FM, czyli utrzymania technicznego porównywalnych klas obiektów, większa od doświadczenia własnego odwołującego,
- korzyść skali działalności w obrębie danej grupy,
- siła zakupowa grupy Budimex będącej członkiem grupy Ferrovial partnera konsorcjum - korzyści z obniżenia kosztów zakupu materiałów używanych do realizacji tego zamówienia,
- synergia operacyjna mająca wpływ na koszty organizacyjne związane z równoczesnym wykonywanie innych zadań w tym w obszarze utrzymania technicznego obiektów - na terenie Warszawy,
- dokładna znajomość przedmiotu zamówienia przez przystępującego FB Serwis i możliwość zaoszczędzenia pewnych kosztów związanych z ich nieponoszeniem, np.

kosztów tzw. wejścia na obiekt, czy kosztów dostosowawczych systemu komputerowego, dokładna znajomość koniecznych kosztów materiałowych oraz za przeglądy techniczne itp. - gdyż miały one wpływ na wysokość ceny oferty danego wykonawcy.

45

Tak samo w przypadku wykonawcy Veolia, zamawiający prawidłowo uwzględnił elementy wyjaśnień jak:
- efekt synergii wynikający z faktu funkcjonowania w ramach grupy kapitałowej i funkcjonującego w tej grupie systemu zakupowego,
- znaczną skala działalności w ramach tej grupy i posiadany potencjał osobowy,
- fakt, że Veolia w 2011-2012 r. po oddaniu do użytku stadionu sprawowała obsługę techniczną, do momentu przejęcia przez konsorcjum FB Serwis, czyli posiada znaczną wiedzę dotyczącą tego obiektu,
- fakt, że Veolia ma wdrożone narzędzie - oprogramowanie komputerowe, które jest odpowiednie dla współdziałania i monitorowania obiektów u zamawiającego, co również wpływało na obniżenie kosztów wejścia na dany obiekt.

Kalkulacje cenowe załączone do wyjaśnień konsorcjum i Veolia przedstawiające szczegółowe rozbicie ceny były przez zamawiającego badane i analizowane, w tym w kontekście przedstawionych dowodów, zwłaszcza ofert podwykonawców, usług i materiałów i specjalistycznych przedstawianych dowodów zakupu potwierdziły prawidłowość założeń tych kalkulacji.

Odwołujący odnosił swoje porównania do wartości szacunkowej zamówienia i do kalkulacji własnej oferty. Bezsprzecznie średnia cena złożonych ofert wynosi około 11 mln zł, ale średnią ofert zawyżyły podmioty nie mające wcale doświadczenia, lub też aktualnego doświadczenia w realizacji usług FM na specyficznym obiekcie Stadionu Narodowego, to jest odwołujący i wykonawca Warbud Vinci Facilities Sp. z o.o., a podmioty które wcześniej pełniły obsługę techniczną tego obiektu zaoferowały ceny najniższe. Dwa skarżone podmioty, które złożyły oferty z najniższymi cenami praktycznie znają obiekt, gdyż go wcześniej obsługiwały, potrafiły skalkulować w cenie ryzyka związane z utrzymaniem technicznym obiektu Stadionu Narodowego na realnym poziomie. Inne podmioty, mogły te koszty z tytułu ryzyka założyć na poziomie wyższym z racji niepełnej znajomości obiektu. Zamawiający wymaga ciągłej obecności na obiekcie 4 osób z obsługi technicznej, natomiast z wyjaśnień odwołującego wynika, iż założył on większą ilość osób - 29 pracowników, co bez wątpliwości wpłynęło na zanotowane różnice cenowe.

Koszty pracownicze w obrębie elementu pierwszego - wynagrodzenia ryczałtowego mają zasadnicze znaczenie. Jest to powyżej 50% kosztów tego elementu zamówienia. obydwaj wykonawcy wezwani do wyjaśnień udokumentowali wysokość wynagrodzeń, przewyższającą poziom płac minimalnych i wymaganą obsadę osobową. Przy czym zorganizowanie pracy stałej ekipy technicznej i nadzorującej leżało po stronie wykonawców. Oprócz kosztów osobowych drugi znaczący koszt to usuwanie usterek i zabezpieczanie awarii. W zakres tej usługi wchodzi jednak jedynie usuwanie drobnych awarii i ponoszenie

46

---

kosztów związanych z tym materiałów. Natomiast inne awarie, wymagające większych nakładów - usuwa albo gwarant, albo zamawiający udziela odrębnego zlecenia wykonawcy zamówienia bądź zewnętrznemu podmiotowi, gdyż nie są objęte tym zamówieniem. Konsorcjum FB Serwis odnośnie ilości zużywanych materiałów eksploatacyjnych na obiekcie ma bieżące rozeznanie, i wie jaki są koszty wymiany bądź uzupełniania tych materiałów. Źródła światła, te największe (meta-halogeny), są kosztem zamawiającego. Koszt wymiany pozostałych źródeł światła nie jest tak wielki z uwagi na zastosowanie materiałów o dużej trwałości (ok. 30000 godzin trwałości). Przystępujący - konsorcjum FB Serwis do bieżącego zabezpieczenia obsługi technicznej dedykuje własnych pracowników, których zatrudnia na umowę o pracę przy kalkulacji kosztowej, która wypełnia dyspozycję art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, a obrazują to przedstawione wyliczenia, iż podane wynagrodzenie jest wyższe od płacy minimalnej zakładanej w trakcie realizacji zamówienia. Współpracuje z podwykonawcami, którymi najczęściej są serwisy specjalistyczne. W cenie oferty ujął wymagany zakres ubezpieczeń OC, co udokumentował w wyjaśnieniach. W kwestii oprogramowania konsorcjum FB Serwis ma wdrożony system komputerowy taki, jakiego

zamawiający wymaga i system ten aktualnie jest wykorzystywany, w wyjaśnieniach ceny podał więc jedynie koszty, które wiążą się z utrzymaniem systemu. Odnośnie stawek za roboczogodzinę - to jest faktem, że są one wyższe niż Veoli i odwołującego, i na tej podstawie wykonawca może osiągać wyższe zyski za faktycznie realizowany zakres zamówienia obsługi imprez całostadionowych.

Nie jest dozwolone tzw. subsydiowanie skrośne - pokrywanie kosztów danego kontraktu z innej działalności wykonawcy. Nie ma natomiast, co do zasady, przeszkód prawnych do budowania wewnętrznej strategii przedstawianej ceny ofertowej za elementy zamówienia. Ceny oferty konsorcjum FB Serwis w poprzednim przetargu i w obecnym nie różnią się w znaczący sposób. Wykonawca mógł obniżyć cenę z uwagi na oczekiwaną przez zamawiającego optymalizację świadczenia usługi i obniżkę kosztów, bazując jednak na realnym poziomie wymagań i kosztów, które w sposób najbardziej pełny są mu znane.

Warunki zamówienia nie narzucały z góry wzoru prawidłowej kalkulacji kosztów, gdyż to właśnie wykonawcy posiadają najlepszą wiedzę w zakresie sposobu kalkulowania ceny ofertowej i własnych możliwości w tym zakresie. Z kolei konsekwencje w postaci odrzucenia oferty można zastosować jedynie wówczas, gdy istnieją prawne i faktyczne podstawy do uznania, że cena jest rażąco niska. Za trafny należy uznać pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 24 czerwca 2010 roku (KIO/UZP 1135/10, KIO/UZP 1136/10) że: *„Biorąc pod uwagę doniosłość czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. Zamawiający winien wykazać przy użyciu dostępnych* środków *dowodowych w sposób bezsprzeczny, że w konkretnym stanie faktycznym każdy podmiot uznałby taką cenę za rażąco niską".*

47

Wykonawca wezwany ma udowodnić, zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Natomiast ciężar dowodowy, że złożone wyjaśnienia wraz z przedstawionymi dowodami nadal nie pozwalają na usunięcie wątpliwość co do możliwości wykonania danego zamówienia za zaoferowana cenę - obciąża zamawiającego. Powyższemu nie zaprzecza treść art. 90 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 191 ust. 1a, że obowiązek wykazania iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy.

W przedmiotowej sprawie zamawiający zasadnie uznał, że wyjaśnienia złożone przez konsorcjum: FB Serwis S.A., Ferrovial Servicios S.A. oraz Veolia Industry Polska Sp. z o.o. były przekonywujące, a jednocześnie brak było podstaw, aby wykazać faktycznie, w sposób obiektywny, że cena wskazana przez ww. oferentów były rażąco niskie, w szczególności spekulacyjne, oparte na nierzetelnych kalkulacjach, co mogłoby stwarzać zagrożenie należytego wywiązania się przez wykonawców z umowy (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 roku, XIX Ga 3/07). Poza tym, należało także podkreślić, że przepisy ustawy Pzp wymagają dla odrzucenia oferty, aby cena była nie tylko niska, ale w sposób nieodparcie narzucający takie wnioski - rażąco niska. Wykonawcy udzielający wyjaśnień potwierdzili, że brali pod uwagę cały zakres zamówienia i dokonali rzetelnej kalkulacji ceny oraz przedstawili stosowne wyjaśnienia (merytorycznie i dowodowo zbliżone), czego odwołujący nie był w stanie obiektywnie podważyć.

Odwołujący powoływał się na niemożność wykonania za wskazaną cenę elementów tego zamówienia (kosztów materiałowych, kosztów wynagrodzeń, przeglądów na obiekcie). Izba nie uwzględniła dowodów przedstawionych przez odwołującego, w tym:
a) kalkulacji ceny oferty odwołującego, którą według własnych założeń odwołujący uznawał za właściwą,
- dowody te dotyczą wybiórczych elementów przedmiotu zamówienia, dostępnych odwołującemu - ofert podwykonawców robót składanych odwołującemu, a nie dotyczą możliwości wykonawców konsorcjum: FB Serwis S.A., Ferrovial Servicios S.A. oraz Veolia Industry Polska Sp. z o.o. i uzyskiwanych przez tych wykonawców ofert cenowych za podwykonawstwo, czy na zakup materiałów.

Wykonawca konsorcjum: FB Serwis S.A., Ferrovial Servicios S.A. oraz Veolia Industry Polska Sp. z o.o. składając wyjaśnienia dostosował się do wymagań przepisu art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz dyspozycji zamawiającego, w tym przedłożyli (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa) szczegółowe tabelaryczne kalkulacje kosztowe wraz załącznikami (ofertami podwykonawców i dostawców), które przedstawiają kalkulację ceny ofertowej uwzględniając, koszty zakupów materiałów, koszty pozostałych robót, przeglądów poziom zysku, koszty osobowe, a więc obejmują całkowitą kalkulację cenową.

48

Stawki wynagrodzenia godzinowego według punktu 2 i 3 Formularza kosztowego – za obsługę imprez całostadionowych - nie były przez odwołującego kwestionowane, gdyż w ofertach konkurentów były one wyższe, niż w ofercie odwołującego. Wynagrodzenie za zakres zamówienia według punktu 1 tego Formularza ma charakter ryczałtowy, które zgodnie z art. 632 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, nie może być podwyższone na żądanie przyjmującego zamówienie, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Przy wynagrodzeniu ryczałtowym wszelkie kalkulacje i kosztorysy mają jedynie charakter pomocniczy, służą jako narzędzie skalkulowania ceny oferty i dają zamawiającemu możliwość zapoznania się ze sposobem tej kalkulacji.

Ceny ofert za elementy przedmiotu zamówienia, a zatem i całkowite poszczególnych oferentów różnią się znacznie i właśnie w tym tkwi siła konkurencyjna poszczególnych wykonawców, że potrafią uzyskiwać najbardziej korzystne ceny dla rozwiązań wymaganych przez zamawiającego. Istotne znaczenie dla ustalanych cen ma organizacja, wypracowane metody wykonania, rozłożenie kosztów ogólnych, posiadane rezerwy, nawiązane kontakty handlowe, doświadczenie przy realizacji poprzednich kontraktów. Odwołujący w swoich kalkulacjach cenowych i założeniach, pomija wszystkie indywidualne cechy i możliwości skarżonych wykonawców, ich specyfikę i organizację pracy. Nie ulega wątpliwości, że każdy z wykonawców odmiennie rozkładał również kwestie związane z ryzykiem i zyskiem za poszczególne elementy zamówienia. Pominięcie indywidualnych możliwości i właściwości wykonawców konsorcjum: FB Serwis S.A., Ferrovial Servicios S.A. oraz Veolia Industry Polska Sp. z o.o. również w sposób negatywny obciąża rzetelność kalkulacji odwołującego w odniesieniu do cen ofert konkurentów i celność argumentacji przedstawionej przez odwołującego.

Abstrahując od faktu, iż wyjaśnienia i dowody w przedmiotowej sprawie po stronie przystępującego konsorcjum: FB Serwis S.A., Ferrovial Servicios S.A. oraz Veolia Industry Polska Sp. z o.o. były satysfakcjonujące, należy dodać, iż oceniając wyjaśnienia, zamawiający nie może rozstrzygać ewentualnych wątpliwości na niekorzyść wykonawcy udzielającego wyjaśnień, o ile nie jest w stanie podważyć (obiektywnie) wyjaśnień wykonawcy, gdyż byłoby to przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji, nie było uzasadnienia (faktycznego/prawnego) dla odrzucenia skarżonych ofert z podanych w odwołaniu przyczyn.

Fakt dotychczasowej realizacji zamówienia obsługi technicznej obiektu Stadionu Narodowego obiektywnie dawał konsorcjum FB Serwis S.A. przewagę w tym znaczeniu, że wszystkie aspekty zamówienia są dla tego wykonawcy dokładnie znane. Treść SIWZ, Opis potrzeb i wymagań w odniesieniu do sposobu kalkulacji kosztów oferty, jakkolwiek obszerne, mogły budzić wątpliwości wykonawców.

49

Zamawiający w udzielonych wyjaśnieniach odmówił przedstawienia danych odnośnie zakresu rzeczowego materiałów eksploatacyjnych w ubiegłym roku (pytanie 42). Wykonawcom przysługiwało jednak odwołanie od postanowień SIWZ, skoro uznawali że dane nie były wystarczające do prawidłowego skalkulowania ceny oferty.

Szczegółowe i precyzyjne dane o przedmiocie zamówienia mogłyby wyrównać poziom wiedzy między dotychczasowym wykonawcą a innymi, którzy ubiegali się o dane zamówienie. Termin na rewizję postanowień SIWZ upłynął i wykonawcy przyjęli takie założenia kalkulacyjne, jak rozumieli wymagania zakresu rzeczowego i kosztowego przedmiotowego zamówienia.

Biorąc pod uwagę sytuację konsorcjum FB Serwis S.A., zdaniem Izby ma ono możliwość realizacji przedmiotowego zamówienia za zaoferowane cenę. To samo odnosi się do wykonawcy Veolia.

Z treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wynika, że zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, gdy zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Takie same wytyczne zawiera art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W nawiązaniu do zakresu żądanych wyjaśnień szczegółowych, mających udowodnić realność zaoferowanej ceny i możliwość należytego

wykonania zamówienia w ramach tej ceny, zamawiający ma obowiązek uwzględnić cenę całkowitą oferty.

Zdaniem Izby wyjaśnienia wezwanych wykonawców złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp potwierdzają możliwość realizacji zamówienia za zaoferowaną kwotę oraz uwzględniają koszty wykonania zamówienia wraz z zyskiem.

Stawiany zarzut czynu nieuczciwej konkurencji przez wykonawcę konsorcjum: FB Serwis S.A., Ferrovial Servicios S.A. sprowadzał się do zaoferowania realizacji przedmiotu zamówienia poniżej kosztów wykonania tych usług, a więc do ceny rażąco niskiej. Skoro zarzut ten nie znalazł potwierdzenia, w konsekwencji nie doszło do naruszenia art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r., Nr 153, poz. 1503), który mówi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zarzut ten został przez odwołującego podniesiony jedynie w uzasadnieniu odwołania i nie był podtrzymany na rozprawie.

50

Reasumując, złożone wyjaśnienia przez obydwu wykonawców konsorcjum FB Serwis S.A., jak i wykonawcę Veolia Industry Polska S.A. zostały prawidłowo ocenione przez szczegółowy, konkretny, zamawiającego, jako że są one pełne, mają charakter
weryfikowany, odnoszący się do danego postępowania przetargowego, a ponadto potwierdzone zostały wiarygodnymi dowodami, poświadczającymi możliwość realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę.

Zarzuty naruszenia przez zamawiającego:

1. art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień złożonych przez konsorcjum FB Serwis S.A., w zakresie rażąco niskiej ceny, zawierających informacje bezprawnie utajnione.
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum FB Serwis S.A., jak i wykonawcę Veolia Industry Polska S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz jako zawierających rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- nie znalazły potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy.

W konsekwencji oddalenia poprzedzających zarzutów odwołującego, nie podlegał uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej, gdyż konsorcjum FB Serwis S.A. złożyło ofertę niepodlegającą odrzuceniu, która została oceniona jako najkorzystniejsza na podstawie wyznaczonych w SIWZ kryteriów oceny.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Na podstawie § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zaliczyła uiszczony przez odwołującego wpis na poczet kosztów postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

……

51