

Sygn. akt: KIO 2540/17

WYROK
z dnia 14 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2017 r. przez Odwołującego - **Impel Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Skarb Państwa - 16 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim**

przy udziale wykonawcy **D.K. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą D.K. Exclusive** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza kwotę 4 402 zł 36 gr (słownie: cztery tysiące czterysta dwa złote trzydzieści sześć groszy) od Odwołującego na rzecz Zamawiającego, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od

dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Koszalinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – 16 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługi sprzątnia powierzchni wewnętrznych budynków w jednostkach, instytucjach i obiektach wojskowych położonych w rejonie odpowiedzialności 16 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Drawsku Pomorskim, znak postępowania: 954/2017 (dalej jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 19 września 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 179-367637.

I. W dniu 30 listopada 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnioskodawca Impel Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu. Odwołanie zostało wniesione wobec czynności i zaniechań dokonania czynności przez Zamawiającego w Postępowaniu – w zakresie Zadania nr 1 – Grupa Zabezpieczenia Walcz, tj. czynności wybory oferty wykonawcy D.K. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą D.K. EXCLUSIVE (dalej jako „wykonawca D.K. EXCLUSIVE” lub „wybrany wykonawca”), zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy D.K. EXCLUSIVE z uwagi na fakt, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę D.K. EXCLUSIVE jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp;
- 2) art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503) poprzez automatyczną, niepoprzedzoną należną analizą okoliczności faktycznych i stanu prawnego odmowę ujawnienia informacji, które wybrany wykonawca (D.K. EXCLUSIVE) zastrzegł jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, mimo że nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;

- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, złożonej przez wykonawcę D.K. EXCLUSIVE, z uwagi na fakt, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę oraz jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 4) art. 91 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1 - 4 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykonania następujących czynności:

- 1) unieważnienie wyboru oferty wykonawcy D.K. EXCLUSIVE jako najkorzystniejszej;
- 2) odtajnienie oferty wykonawcy D.K. EXCLUSIVE;
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 4) odrzucenie oferty wykonawcy D.K. EXCLUSIVE jako oferty zawierającej rażąco niską cenę oraz stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji;
- 5) wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący w szczególności wskazał, co następuje:

Rażąco niska cena.

Zamawiający na realizację zamówienia przeznaczył kwotę 1.011.131,27 zł. (słownie: jeden milion jedenaście tysięcy sto trzydzieści jeden złotych 27/100). Wybrany wykonawca zaoferował wykonanie zamówienia za cenę 718.794,41 zł. (słownie: siedemset osiemnaście tysięcy siedemset dziewięćdziesiąt cztery złote 41/100). Ceny pozostałych wykonawców oscylowały wokół budżetu Zamawiającego. W ocenie Odwołującego cena zaoferowana przez wybranego wykonawcę jako istotnie odbiegająca od cen pozostałych uczestników postępowania jest nierealistyczna i została skalkulowana w sposób uniemożliwiający bezpieczne, prawidłowe i należyte wykonanie zamówienia.

Ujawniona część wyjaśnień wybranego wykonawcy dotyczących kalkulacji ceny potwierdza, że nie potrafi on wytłumaczyć na podstawie jakich założeń i danych wyliczył wartość swojej oferty. Wybrany wykonawca zarzucił Zamawiającemu lakoniczność wezwania do złożenia wyjaśnień. Wezwanie Zamawiającego spełniało tymczasem wszelkie wymogi i rygory jakie zostały nałożone na tego rodzaju wezwania przez przepisy ustawy Pzp. Przywołane zastrzeżenie wybranego wykonawcy wskazuje, że nie działał on w żadnych szczególnych warunkach wykonania zamówienia umożliwiających oferowanie nadzwyczajnie korzystnych (niskich) cen. Porównanie cen ofertowych w Postępowaniu dowodzi, że zaoferowana przez wybranego wykonawcę cena istotnie odbiega od cen rynkowych przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazał, że wybrany wykonawca zakwestionował możliwość weryfikacji przez Zamawiającego ceny całkowitej, podczas gdy weryfikacja ta była i jest

możliwa w zasadzie od początku istnienia Prawa zamówień publicznych. Ponadto wybrany wykonawca, odnosząc się do wątpliwości Zamawiającego, zasugerował, że szacunkowa wartość zamówienia oraz budżet Zamawiającego zostały błędnie skalkulowane, co mogłoby usprawiedliwić 30% (trzydziestoprocentową) rozbieżność pomiędzy ceną oferty a kwotą przeznaczoną na realizację zamówienia. Biorąc pod uwagę, że zarówno szacunkowa wartość zamówienia jak i „budżet” Zamawiającego przeznaczony na realizację zadania jest spójny i zbieżny z wysokością pozostałych cen ofertowych w Postępowaniu, zarzut ten jest w ocenie Odwołującego chybiony i świadczy o braku właściwego rozpoznania warunków realizacji zamówienia przez wybranego wykonawcę.

Podstawowe i minimalne koszty wykonania przedmiotowego zamówienia zostały przez Odwołującego przedstawione w formie tabeli zawartej w odwołaniu i stanowiły one podstawę do sformułowania następujących wniosków:

1. Miesięczne wynagrodzenie netto wybranego wykonawcy pokrywa wyłącznie koszty pracownicze związane z realizacją zamówienia.
2. Miesięczne wynagrodzenie netto wybranego wykonawcy nie uwzględnia kosztów sprzętu, środków higienicznych i chemicznych do realizacji zamówienia oraz dodatkowych usług.
3. Miesięczne wynagrodzenie netto wybranego wykonawcy nie uwzględnia zysku, a więc również ryzyka ewentualnego wzrostu kosztów realizacji zamówienia.
4. Wobec powyższego cena ofertowa wybranego wykonawcy jest rażąco niska, gdyż została skalkulowana poniżej kosztów wykonania zamówienia. Cena zaoferowana przez wybranego wykonawcę jest rażąco niska, gdyż nie pokrywa minimalnych kosztów wykonania zamówienia wynikających z SIWZ.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazał, że oferta wykonawcy D.K. EXCLUSIVE nie zawiera informacji, w tym kalkulacji, pozwalających przyjąć, że wykonawca ten zastosował szczególnie oszczędne metody wykonania zamówienia, specyficzne rozwiązania techniczne, lub, że znajduje się w wyjątkowo sprzyjających warunkach wykonywania zamówienia. Cena oferty tego wykonawcy, z uwagi na brak jakichkolwiek czynników wpływających na jej „okazyjność” oraz ze względu rzeczywistą wartość rynkową ostatniej umowy o przedmiotowe zamówienie, została skalkulowana poniżej kosztów wykonywania zamówienia.

Odwołujący przedstawił wykaz kosztów realizacji zamówienia wynikających z treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”) sporządzony w oparciu o własne możliwości (wykaz utajniony jako tajemnica przedsiębiorstwa). Wykaz i kalkulacja tychże kosztów w ocenie Odwołującego potwierdzają stanowisko, że cena oferty wybranego wykonawcy jest nierealistyczna i została skalkulowana poniżej kosztów

wykonania zamówienia. Wskazana kalkulacja dowodzi, że obliczając cenę ofertową nawet przy uwzględnieniu szczególnych warunków realizacji zamówienia, w tym również warunków wynikających ze szczególnej pozycji rynkowej Grupy Kapitałowej Impel, nie jest możliwe osiągnięcie ceny wykonania przedmiotowego zamówienia na poziomie zbliżonym do ceny zaoferowanej przez wybranego wykonawcę.

Zaniechanie odtajnienia oferty wykonawcy D.K. EXCLUSIVE.

Wybrany wykonawca w piśmie z dnia 2 listopada 2017 r. zastrzegł, że złożone przez niego wyjaśnienia co do sposobu kalkulacji ceny oferowanej za zadania nr 1 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wybrany wykonawca wskazał, że „cała treść wyjaśnień oraz załączników do nich stanowi tajemnicę przedsiębiorcy Wykonawcy” oraz „zastrzegł, że nie mogą być one udostępnione”. Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu do wglądu do zastrzeżonej części oferty wybranego wykonawcy. Odwołujący uzyskał wgląd jedynie do części wstępnej wyjaśnień tj. do pierwszej strony ww. pisma z dnia 2 listopada 2017 r. Odwołujący podniósł, że czynność Zamawiającego jest bezpodstawną i narusza przepisy ustawy Pzp, gdyż wybrany wykonawca nie dokonał skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga, aby zastrzegający wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zastrzeżenie wybranego wykonawcy w ogóle nie zawiera uzasadnienia i uprawdopodobnienia, że sporządzone przez niego wyjaśnienia noszą znamiona tajemnicy przedsiębiorstwa i jako takie podlegają szczególnej ochronie, w tym nie podlegają ujawnieniu w toku postępowania o zamówienie publiczne.

Wybrany wykonawca nie podjął jakiegokolwiek próby, by wykazać lub choć uprawdopodobnić, że zastrzegane informacje mają wartość gospodarczą, a ich ujawnienie może spowodować szkodę po stronie wykonawcy. Takie zachowanie nie może zostać zaaprobowane. Odwołujący powołał się na poglądy prawne Krajowej Izby Odwoławczej przedstawione w wyrokach: z dnia 4 sierpnia 2015 r. (sygn. akt KIO 1538/15, KIO 1548/15, KIO 1549/16), z dnia 11 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1529/13), z dnia 12 stycznia 2015 r. (sygn. akt KIO 2784/14), z dnia 6 lutego 2017 r. (sygn. akt KIO 102/17, KIO 110/17) oraz z dnia 10 lipca 2015 r. (sygn. akt KIO 1185/15).

Mając powyższe na uwadze Odwołujący podniósł, że zastrzeżenie dokonane przez wybranego wykonawcę jest nieskuteczne, a nieujawnienie ww. wyjaśnień rażąco niskiej ceny stanowi naruszenie ustawy Pzp oraz utrudnia Odwołującemu skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Podsumowując stwierdził, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest co do zasady jawne, a wszelkie wyjątki od tej reguły winny być wprowadzane w sposób ostrożny i uzasadniony okolicznościami faktycznymi danej sprawy.

Każda sprawa wymaga przy tym odrębnej, szczegółowej analizy, której głównym elementem powinna być ocena dowodów przedstawionych przez wykonawcę. Trudno przyjąć, by w niniejszej sprawie Zamawiający analizę taką prowadził, skoro nie otrzymał od wybranego wykonawcy żadnych materiałów, które mógłby poddać ocenie. W pełni więc uzasadnione jest stwierdzenie, że Zamawiający automatycznie uznał za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy poczynione przez wykonawcę D.K. EXCLUSIVE, co stoi w sprzeczności z podstawowymi zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na rozprawie przed Izłą Odwołujący podtrzymał stanowisko w sprawie, w szczególności stwierdzając co następuje:

Mając na uwadze treść SIWZ koszty przedmiotowego zamówienia należy podzielić na trzy kategorie: 1) koszty osobowe, 2) koszty sprzętu oraz 3) koszty środków chemicznych. W odniesieniu do kosztów osobowych stwierdził, iż wprawdzie liczba pracowników nie została określona w treści SIWZ, jednakże zarówno Odwołujący jak i wybrany wykonawca zgodni są co do tego, że powinna ona wynosić około 16 - 17 pracowników. Zgodnie z postanowieniami SIWZ muszą oni zostać zatrudnieni na umowę o pracę. W związku z tym mając na uwadze przepisy o wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, koszt wynagrodzenia 1 pracownika wynosi 2.100 zł plus około 420 zł tytułem składek na ZUS w części finansowanej przez pracodawcę. Z informacji przekazanych przez wykonawcę D.K. EXCLUSIVE wynika zatem, że w kwocie kalkulowanego wynagrodzenia przewidział on jedynie minimalne wynagrodzenie za pracę oraz ww. kwotę składek na ZUS w części finansowanej przez pracodawcę, natomiast na dodatkowe koszty pracownicze przeznaczył wyłącznie 12 zł miesięcznie na 1 pracownika. W ocenie Odwołującego kwota 12 zł nie jest wystarczająca do pokrycia dodatkowych kosztów pracowniczych, na które składają się w jego ocenie: koszty urlopu, zastępstwa w związku z chorobą, szkoleń BHP i innych szkoleń pracowniczych oraz koszty odzieży roboczej. Zauważył, że wybrany wykonawca potwierdził w treści pisma przygotowawczego, że nie zamierza on ponosić kosztów przedmiotowego zamówienia z wynagrodzenia z tego kontraktu. Odwołujący podkreślił, że wszelkie koszty pracownicze związane z danym kontraktem powinny zostać ponoszone z wynagrodzenia z danego kontraktu. Wybrany wykonawca w sporządzonej kalkulacji ceny nie ujął wszystkich kosztów, niektóre koszty zostały przesunięte na inne kontrakty oraz zostały sztucznie zaniżone.

Wskazał na treść postanowień SIWZ (rozdz. XV) oraz istotnych postanowień umowy (§ 9 ust. 2), z których wprost wynika obowiązek uwzględnienia przez wykonawców wszystkich kosztów realizacji kontraktu. Stwierdził niespójność w stanowisku przedstawianym przez wybranego wykonawcę, który w treści pisma z dnia 12 grudnia 2017 r. wskazuje na brak konieczności kalkulacji kosztów pracowniczych, które jednocześnie kwalifikuje jako koszt

stały, natomiast w toku rozprawy oświadczą, iż koszty te jednak zostały przez niego uwzględnione.

W ocenie Odwołującego złożenie w Postępowaniu oferty przez wykonawcę D.K. EXCLUSIVE należy jednocześnie zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji (sporządzenie kalkulacji ceny ofertowej poniżej kosztów wykonania zamówienia zwany inaczej zaoferowaniem ceny dumpingowej). Jest to czyn nieuczciwej konkurencji wprost wynikający z przepisów prawa. Dodał, że cena dumpingowa jest rozumiana tak samo jak cena rażąco niska, a zatem cena, która nie obejmuje wszystkich kosztów realizacji danego kontraktu, cena poniżej kosztów wykonania zamówienia.

W odniesieniu do możliwości obniżenia wynagrodzenia z tytułu świadczenia usług sprzątanania stwierdził, że obniżenie takie może zostać osiągnięte w szczególności poprzez zatrudnienie osób niepełnosprawnych, jednakże nawet w takim przypadku nie może spowodować to takiego obniżenia ceny, jaka została zaoferowana przez wybranego wykonawcę. W ocenie Odwołującego, biorąc pod uwagę takie okoliczności jak wydajność, konieczność udzielenia dodatkowego urlopu oraz krótszy wymiar dziennej pracy, zatrudnienie osób niepełnosprawnych nie musi w całości prowadzić do obniżenia ceny oferty.

W zakresie kosztów sprzętu Odwołujący podtrzymał stanowisko przedstawione w kalkulacji stanowiącej załącznik do odwołania. W odniesieniu do kosztu środków chemicznych za mało prawdopodobne uznał, aby wybranemu wykonawcy udało się osiągnąć taki poziom rabatów, jaki posiada Odwołujący, co też wynika z jego pozycji na rynku usług sprzątanania.

Dodał, że okoliczność, iż cena zaoferowana przez wykonawcę D.K. EXCLUSIVE jest na zbliżonym poziomie do ceny z 2017 r. wręcz działa na jego niekorzyść, albowiem oznacza to, że po pierwsze nie uwzględnił on wskaźnika inflacji (Odwołujący nie podał jego wysokości), a po drugie nie uwzględnił zmiany warunków rynkowych, które wyrażają się w szczególności tendencją do zwiększania kwoty wynagrodzenia pracowników ponad kwotę minimalnego wynagrodzenia. Mając na uwadze występującą na rynku presję płacową istnieje ryzyko konieczności udzielania pracownikom podwyżek w trakcie realizacji kontraktu, co też powinno zostać uwzględnione przez wykonawców w ramach kalkulacji ceny.

W odniesieniu do zarzutu odnoszącego się do zastrzeżenia przez wykonawcę D.K. EXCLUSIVE informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnił, iż zarzut został postawiony w treści odwołania w związku z tym, iż Odwołującemu nie została przekazana część wyjaśnień zawierających wykazanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

II. Pismem z dnia 6 grudnia 2017 r. odpowiedzi na odwołanie udzielił Zamawiający. Wnosząc o oddalenie odwołania w całości Zamawiający stwierdził w szczególności, co następującego.

Odnosząc się do zarzutu *automatycznej, niepoprzedzonej należną analizą okoliczności faktycznych i stanu prawnego odmowy ujawnienia informacji, które wybrany wykonawca zastrzegł jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, mimo że nie wykazał on, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa*, Zamawiający stwierdził, iż podniesienie go zostało spowodowane nieporozumieniem wynikającym z tego, że Odwołujący nie otrzymał części wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę dotyczących tej właśnie kwestii, które zostały zawarte w treści pisma z dnia 5 listopada 2017 r. - str. 6 i 7 w zakresie pkt IV zatytułowanego: „tajemnica przedsiębiorstwa”. Analiza tego uzasadnienia potwierdza, że przedstawiona kalkulacja ceny, wyjaśnienie do niej oraz złożone dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Tak samo jak informacje i dokumenty tego dotyczące złożone wraz z odwołaniem przez Odwołującego. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy jest bardzo podobne w obu przypadkach i zasługuje na uwzględnienie. Powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej przedstawione w wyroku zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 630/16, wyroku z dnia 22 listopada 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2602/13, wyroku z 14 lutego 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 228/11 oraz stanowisko zaprezentowane przez Sąd Okręgowy w Katowicach w sprawie o sygn. akt XIX Ga 167/07.

Podsumowując Zamawiający stwierdził, iż zastrzeżone przez wykonawcę D.K. EXCLUSIVE informacje i dokumenty posiadają wartość handlową i gospodarczą, zostały ujawnione wyłącznie do wiadomości Zamawiającego i nie zostały w żaden sposób podane do wiadomości publicznej, a wykonawca ten prawidłowo wykazał jakie środki ostrożności podjął (bardzo podobne do stosowanych przez Odwołującego), aby w stosunku do nich zachować pełną poufność.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaoferowania przez wybranego wykonawcę rażąco niskiej ceny, Zamawiający wskazał, że obecnie wykonawca ten wykonuje identyczną usługę na jego rzecz za kwotę prawie taką samą, jak wynika ze złożonej oferty. Usługa ta jest wykonywana prawidłowo, co wskazuje jednoznacznie, że cena za usługę na rok 2018 nie jest rażąco niska.

Zamawiający wyjaśnił, iż w wyniku sprawdzenia ofert stwierdził, że wysokość ceny podanej w ofercie przez wykonawcę D.K. EXCLUSIVE na zadanie I, była niższa o 28,91 % (a zatem na granicy 30%) od wartości zamówienia, a od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert o 31,85%. W wyniku powzięcia tej informacji, zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający w dniu 30 października 2017 r. zwrócił się do ww.

wykonawcy z wezwaniem do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wykonawca w wyznaczonym terminie, tj. w dniu 6 listopada 2017 r. udzielił odpowiedzi, prawidłowo zastrzegając swoje wyjaśnienia jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Oświadczył, że w ofercie skalkulował poszczególne składniki kosztów, które mają wpływ na wartość końcową oferty. Przedstawił zawarte w ofercie składniki cenotwórcze w strukturze procentowej: koszty osobowe, koszty środków czystości oraz zysk wykonawcy i poparł te wyjaśnienia załączonymi dokumentami (listy płac, faktury).

Zamawiający poddał powyższe wyjaśnienia ocenie, a w szczególności odniósł się do wskazanego i zakładanego zysku wykonawcy. W konsekwencji Zamawiający ocenił, w kontekście zarówno przesłanek wynikających z przepisów ustawy Pzp jak i orzecznictwa KIO, a także orzecznictwa UE, że oferowana przez wykonawcę D.K. EXCLUSIVE cena nie może być uznana za cenę rażąco niską. Zamawiający oceniając ww. wyjaśnienia w szczególności wziął pod uwagę to, że wskazane przez nią składniki cenotwórcze z rozbiciem na koszty osobowe zatrudnionych pracowników, koszty użycia środków czystości (chemii i środków higienicznych) są przewidziane i skalkulowane w taki sposób, że pozwalają na uzyskanie zysku przy realizacji tego zadania. Wykonawca ten zatem wykazał możliwość wygenerowania zysku przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia publicznego i jego opłacalność przy skonstruowanej przez siebie cenie. Powołując się na poglądy prezentowane w orzecznictwie Zamawiający wskazał na wyrok ETS z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 (Fratelli Constanzo), wyrok SO w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08), wyrok SO w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008 r. (sygn. akt X Ga 127/08), wyrok SO w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13).

Zamawiający podkreślił, iż również oferta Odwołującego znacząco odbiega od średniej arytmetycznej złożonych ofert, a nieznacznie tylko różni się od oferty wykonawcy D.K. EXCLUSIVE, co w istotny sposób osłabia trafność zarzutów i argumentację Odwołującego. Z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że jakkolwiek przy ocenie, czy oferta zawiera cenę rażąco niską należy brać pod uwagę przedmiot zamówienia i jego szacunek, to jednak należy także wziąć pod uwagę ceny ofert konkurencyjnych. Oferta Odwołującego jest ofertą zbliżoną i konkurencyjną w kolejności. Jeśli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kilka ofert posiada ceny bardzo zbliżone do siebie może to oznaczać, że rynek ustala cenę w taki sposób i bywa, że ceny te znacznie odbiegają od ustalonego przez Zamawiającego szacunku. Zatem różnice cenowe między ofertami można traktować jak objaw zwykłej, rynkowej konkurencji. Ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę jest wyłącznie subiektywną oceną Zamawiającego. Ustawodawca nie wskazał żadnych

konkretnych wytycznych, pozostawiając Zamawiającemu podjęcie decyzji, czy w danych okolicznościach faktycznych uzasadnione jest podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny (por. KIO/UZP 1906/09).

W ocenie Zamawiającego wykonawca D.K. EXCLUSIVE złożył dobrze umotywowane wyjaśnienia, z których wynika, że jej oferta, mimo że jest niższa niż oferty konkurencji oraz szacunkowa wartość zamówienia, nie jest skalkulowana poniżej kosztów wykonania przedmiotowej usługi. Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 214/06), a także wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2274/13) oraz z dnia 24 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 436/15).

Na rozprawie przed Izbą Zamawiający podtrzymał stanowisko w sprawie, stwierdzając w szczególności co następuje:

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia wyjaśnień wybranego wykonawcy Zamawiający stwierdził, iż jak wynika z wypowiedzi Odwołującego zarzut ten przestał być już aktualny. Z pewnością jednak wszyscy uczestnicy postępowania odwoławczego zgodni są co do tego, iż ta kategoria informacji może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podniósł, iż w treści odwołania brak było odrębnego zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty z uwagi na to, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Jak wynika z treści odwołania zarzut ten został połączony z zarzutem dotyczącym rażąco niskiej ceny. W związku z tym, na obecnym etapie postępowania, Odwołujący nie jest uprawniony do formułowania w tym zakresie odrębnego zarzutu.

Zamawiający stwierdził, iż jego zdaniem nie obowiązują żadne normy określające sposób sporządzania kalkulacji cenowych dotyczących usług sprzętania. Stwierdził także, iż w jego ocenie nie ma przepisów, z których wynikałby zakaz aby pewne koszty działalności wykonawcy pokrywane były z ogólnej puli wygenerowanych dochodów. Podkreślił, iż ze stanowiska Odwołującego wynika, że cena oferty wykonawcy jest ceną niską, ale nie w stopniu rażącym. Wezwanie do wyjaśnień dotyczących ceny oferty zostało wystosowane przez Zamawiającego w związku z obowiązkiem wynikającym z treści art. 90 ustawy Pzp. W jego ocenie wyjaśnienia złożone przez wykonawcę D.K. EXCLUSIVE są logiczne, spójne oraz zostały poparte odpowiednimi dokumentami. Ocenę tą opiera także na własnym doświadczeniu w związku z wykonywaniem przez ww. wykonawcę podobnej usługi na identycznym obiekcie w miejscowości Wałcz. Prawidłowość realizacji tej usługi jest na bieżąco sprawdzana. Odnosząc się do podanej przez Odwołującego kwoty amortyzacji sprzętu stwierdził, iż w jego ocenie przy całkowitym zamortyzowaniu sprzętu jest to koszt

zerowy. Dodał, iż wybrany wykonawca znalazł sposób na obniżenie kosztów środków czystości i jest to sposób inny od sugerowanego przez Odwołującego. Podkreślił, że nie tolerowałby sytuacji, w której wykonawca nie uwzględnił wszystkich kosztów realizacji danego zamówienia. W jego ocenie z wyjaśnień wykonawcy D.K. EXCLUSIVE wynika, iż uwzględnił on wszystkie koszty realizacji zamówienia. Wyjaśnienia te są ze sobą spójne, kompletne i nie budzą jego wątpliwości. Dodał, iż postanowienie SIWZ, na które powoływał się Odwołujący dotyczące uwzględnienia wszystkich kosztów realizacji zamówienia, ma na celu zabezpieczenie interesu Zamawiającego tj. zapobieżenie sytuacjom, w których wykonawca zwraca się o przyznanie dodatkowego wynagrodzenia z tytułu realizacji danej umowy.

III. W terminie przewidzianym przepisami ustawy Pzp przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiła Pani D.K. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą D.K. EXCLUSIVE.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia ww. wykonawcy (dalej jako „wykonawca D.K. EXCLUSIVE” lub „Przystępujący”) do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 12 grudnia 2017 r. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie, w szczególności stwierdzając co następuje [*pominięto fragmenty zastrzeżone przez Przystępującego jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa*]:

Rażąco niska cena.

Na wstępie zaznaczył, iż Odwołujący oparł swoje Odwołanie w głównej mierze na wyliczeniu, które zostało sporządzone na podstawie cen ofert w wartości netto. Takie działanie należy uznać za całkowicie bezzasadne oraz sprzeczne nie tylko z utrwaloną już linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, ale również z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp. Obliczenia Odwołującego są zatem całkowicie bezprzedmiotowe oraz nie potwierdziły jego hipotezy, iż oferta Przystępującego zawiera cenę rażąco niską.

W jego ocenie nie sposób się zgodzić z wyliczeniem Odwołującego, zgodnie z którym zatrudnienie jednego pracownika na umowę o pracę generuje miesięcznie koszty w wysokości 3000 zł. Kwota taka nie znajduje bowiem oparcia w obowiązujących przepisach regulujących minimalną wartość wynagrodzenia za pracę oraz wysokość składek na zabezpieczenie społeczne. Została ona natomiast przez Odwołującego powiększona tylko i wyłącznie w celu bezpodstawnego wykazania, że Przystępujący nie osiągnie żadnego zysku. Jak już natomiast zostało wyjaśnione przez Przystępującego w piśmie z dnia 2 listopada 2017 r. realne, miesięczne koszty zatrudnienia jednego pracownika na umowę o pracę, które poniesie pracodawca, zgodnie z obowiązującymi przepisami regulującymi tę kwestię, będą

wynosić w 2018 r. 2532,81 zł. Oznacza to, iż przy założeniu posługiwania się przez Przystępującego 17 pracownikami, koszty ich opłacenia wyniosą 516 693,24 zł w skali roku.

Za całkowicie bezpodstawne uznał zaliczenie kwot obejmujących koszty urlopu, zastępstw chorobowych, BHP czy szkoleń pracowników, na poczet kosztów ich miesięcznego wynagrodzenia. Mogą one stanowić co najwyżej koszty stałe, których Przystępujący nie musi pokrywać z wynagrodzenia wypłaconego przez Zamawiającego. Co więcej – koszty te na pewno nie będą osiągały miesięcznego pułapu 450 zł na pracownika, jak przyjął Odwołujący. W przeliczeniu oznacza to, iż zgodnie z wyliczeniami Odwołującego, Przystępujący w skali roku musiałby ponieść koszt 91 800 zł tylko i wyłącznie na ww. wydatki, co jest założeniem całkowicie nierealnym.

Nawet gdyby oprzeć wyliczenie zysku w oparciu o wynagrodzenie netto, to biorąc pod uwagę realne koszty zatrudnienia pracowników, ich liczbę, która może być określona dowolnie przez Przystępującego oraz możliwość odliczenia podatku VAT naliczonego od zakupionych towarów Przystępujący uzyskałby wynagrodzenie przewyższające poniesione przez niego koszty.

Stwierdził, iż szczególnie istotną kwestią dla wyliczenia ceny oferty w Postępowaniu było również podjęcie decyzji o ilości zatrudnionych pracowników. Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ - Specyfikacją techniczną wykonania i odbioru, w pkt. 12 Zamawiający wskazał, iż nie narzuca on ilości osób do wykonania zadań, jednakże nie może to być ilość niezabezpieczająca właściwego wykonania usługi wg zapisów Umowy. Takie postanowienie prowadzi więc do jednoznacznego wniosku, iż to wybrany wykonawca ma prawo dobrać odpowiednią liczbę pracowników, którzy będą w stanie w należyty sposób wykonać zobowiązanie zgodnie z warunkami SIWZ, załączników do SIWZ oraz z umową. Co szczególnie ważne - Przystępujący nie miał obowiązku wskazywać, zarówno na etapie składania ofert jak i na etapie składania wyjaśnień, dokładnej liczby osób, którymi będzie się posługiwać podczas wykonywania zamówienia. Oznacza to, że decyzja o liczbie tych osób była podjęta w celu oszacowania kosztów związanych z ich zatrudnieniem oraz w celu określenia ceny ofertowej. Podsumowując stwierdził, że decyzja ta nie stanowi części oferty i może być swobodnie kształtowana wraz ze zmieniającymi się warunkami umowy albo tylko na podstawie indywidualnego i samodzielnego wyboru Przystępującego. Co za tym idzie - przyjęcie przez Odwołującego w jego wyliczeniu, iż Przystępujący będzie zobowiązany opłacić 16 pracowników nie znajduje uzasadnienia w warunkach postępowania o zamówienie publiczne i nie może również stanowić podstawy do oceny oferty Przystępującego.

Jak już wyjaśniono w piśmie z dnia 2 listopada 2017 r. skierowanym przez Przystępującego do Zamawiającego, założenia przyjęte do wyliczenia ceny ofertowej znalazły oparcie w dotychczasowym doświadczeniu, które Przystępujący uzyskał podczas wykonywania identycznych usług na rzecz Zamawiającego. W dniu 27 czerwca 2017 r., w wyniku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, Przystępujący zawarł z Zamawiającym umowę na okres od 1 lipca 2017 r. do 31 grudnia 2017 r. na wykonanie usług sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych budynków w jednostkach, instytucjach i obiektach wojskowych położonych w rejonie odpowiedzialności 16 WOG w Drawsku Pomorskim - część I Wałcz, Część II Złocieniec i Część III Drawsko Pomorskie. Treść ww. umowy była w zasadzie tożsama do treści projektu umowy, który stanowi załącznik nr 3 do SIWZ wiążącej Przystępującego podczas obecnego postępowania. Umowa z 27 czerwca 2017 r. obejmowała natomiast tylko okres półrocza, a nie okres całego roku, jaki został przewidziany dla obecnego zamówienia publicznego. Wartość ww. umowy za wykonanie usług sprzątnięcia wyniosła w części I Wałcz 361 207,28 zł brutto. Przystępując tę kwotę do okresu rocznego wyniosłaby ona 722 414.56 zł.

Oznacza to, iż cena nowej oferty przedstawionej przez Przystępującego w toczącym się Postępowaniu jest niższa jedynie o ok. 3000 zł. Jeśli więc oferta na wykonanie identycznych usług złożona kilka miesięcy temu o wartości 361 207,28 zł nie była obarczona błędem rażąco niskiej ceny, to obecna cena oferty opiewająca na proporcjonalnie wyższą kwotę nie może być również ceną rażąco niską.

Tajemnica przedsiębiorstwa.

Przystępujący wskazał, iż Odwołujący swoją argumentację w odniesieniu do zarzutu zaniechania udostępnienia wyjaśnień dotyczących ceny oferty oparł tylko i wyłącznie na ujawnionej mu treści pierwszej strony pisma Przystępującego z dnia 2 listopada 2017 r., gdzie zawarto tylko ogólny wniosek o zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Bezprzedmiotowa okazała się więc argumentacja Odwołującego, zgodnie z którą Przystępujący nie wykazał, iż zastrzeżone wyjaśnienia nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący w ww. piśmie, na stronach o nr 5-6, zawarł gruntowne oraz wnikliwie uzasadnienie oraz uprawdopodobnienie, stosownie do których przedstawione w tym piśmie informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Podkreślił, iż wszystkie dane zawarte w ww. wystąpieniu spełniają wszystkie warunki tajemnicy przedsiębiorstwa tj.: mają charakter organizacyjny oraz posiadają wartość gospodarczą, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Na rozprawie przed Izbą Przystępujący podtrzymał stanowisko w sprawie, stwierdzając w szczególności co następuje:

Przystępujący wskazał, iż możliwość obniżenia przez niego ceny oferty wynika między innymi z działania na rynku lokalnym. Jego faktyczna siedziba znajduje się obecnie w Dębsku. Dokonuje on zakupu środków chemicznych u lokalnych dostawców. Na potwierdzenie tego do wyjaśnień z dnia 2 listopada 2017 r. zostały załączone faktury VAT. W odniesieniu do dodatkowych kosztów pracowniczych stwierdził, iż koszty te zostały przez Przystępującego uwzględnione - powołał się na treść wyjaśnień (str. 3 pkt 4). Ponadto wskazał, że Odwołujący nie wykazał w jaki sposób te koszty zostały wyliczone. W jego ocenie, z pewnością nie są one na tak wysokim poziomie jak to wynika z twierdzeń Odwołującego. Przykładowo, z jego doświadczenia wynika, iż choroby pracowników nie zdarzają się tak często, jak należałoby sądzić na podstawie wyliczeń Odwołującego (w przypadku obecnie realizowanego kontraktu dotyczyło to jednego pracownika w stosunku do okresu jednego miesiąca). Wyjaśnił, iż fragmentu zawartego na str. 3 pisma przygotowawczego nie należy rozumieć w ten sposób, iż nie ma on zamiaru ponosić podanych tam kosztów. Wskazał na dużą rozbieżność cen ofert złożonych w Postępowaniu, co skutkowało koniecznością zastosowania przez Zamawiającego procedury wyjaśnień z art. 90 ustawy Pzp. Podkreślił, iż kwota jego oferty nie jest niższa o ponad 30% od kwoty zamówienia określonej przez Zamawiającego, a gdyby nie fakt złożenia oferty przez wykonawcę Niro spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, to także cena jego oferty nie byłaby niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. Ponadto, jego zdaniem Odwołujący zdaje się nie zauważać takich okoliczności jak możliwość dokonywania odpisów amortyzacyjnych czy uzyskiwanie zwrotu podatku VAT. Wskazał na zawartą w treści wyjaśnień spodziewaną kwotę zysku i kwotę przewidzianą jako tzw. bufor bezpieczeństwa w odniesieniu do kosztów realizacji kontraktu, co dodatkowo prowadzi do wniosku, że cena jego oferty nie została skalkulowana na poziomie, który można by określić jako rażąco niski.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania udostępnienia wyjaśnień zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa stwierdził, iż kategoria informacji zawartych w tych wyjaśnieniach kwalifikowana jest jako mogąca stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa zarówno w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i orzecznictwie sądowym. Ponadto, informacje te nie są one ujawniane postronnym osobom, jak i są zastrzegane w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji Postępowania, złożonego przez Odwołującego dokumentu zatytułowanego „Kalkulacja ceny ofertowej” (zwany w treści odwołania wykazem kosztów) oraz umowy z dnia 100/2017 zawartej w dniu 27 czerwca 2017 r. pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym (której kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem została złożona przez Zamawiającego i Przystępującego).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny sprawy jest zgodny z informacjami przekazanymi w tym zakresie przez strony i uczestnika postępowania. W szczególności Izba ustaliła, co następuje:

Oferta wykonawcy D.K. EXCLUSIVE została wybrana jako najkorzystniejsza w Postępowaniu w części I – Wałcz, której dotyczy odwołanie złożone przez Odwołującego (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 20 listopada 2017 r.).

W toku postępowania Zamawiający, działając na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę D.K. EXCLUSIVE do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej w ofercie ceny na zadanie I – GZ Wałcz. Jak wskazał Zamawiający w treści wezwania: *„Z badania rynku przygotowanego i przeprowadzonego na potrzeby postępowania wynika, iż wartość zamówienia na część I – Wałcz wynosi 1 011 131, 27 zł brutto. Wykonawca w ofercie zaproponował wykonanie zamówienia na Część I Wałcz cenę 718 794,41 zł (brutto).*

Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wzywa Wykonawcę o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość złożonej ceny, ponieważ oferta złożona przez Państwa wydaje się niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego

co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami w SIWZ, jest niższa o 28,91 % (na granicy 30%) od wartości zamówienia a od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert o 31,85 % na zadanie I.” W dalszej części wezwania Zamawiający przytoczył treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a następnie stwierdził, iż wzywa wykonawcę „do przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej, uwzględniającej powyższe aspekty wraz z dowodami.”

Odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący udzielił pismem z dnia 2 listopada 2017 r. W treści tego pisma Przystępujący przedstawił kalkulację ceny oraz wyjaśnienia do poszczególnych elementów cenotwórczych w rozbiciu na koszty zakupów i posiadany sprzęt oraz na koszty wynagrodzenia pracowników, a także pozostałe wyjaśnienia, w tym dotyczące zakładanego poziomu zysku z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Do pisma zostały załączone dowody dotyczące kosztów środków chemicznych, środków higienicznych, materiałów eksploatacyjnych oraz kosztów osobowych. Treść wyjaśnień została zastrzeżona przez ww. wykonawcę jako stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia, stanowiące wykazanie, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zostały zawarte na str. 6 – 7 pisma Przystępującego z dnia 2 listopada 2017 r.

Izba zważyła, co następuje:

Ad. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, złożonej przez wykonawcę D.K. EXCLUSIVE z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę oraz jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, jednakże w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pod tym pojęciem rozumie się ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie będącą ceną rynkową, tzn. generalnie nie występującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających etc.

Z przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 – 2 ustawy Pzp wynika, iż odrzucenie oferty może nastąpić wyłącznie po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego dotyczącego ceny oferty. Ponadto, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli stwierdzi że zawiera ona rażąco niską cenę albo jeżeli wykonawca nie sprostą obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej

ceny, w tym gdy w ogóle nie przedstawił wyjaśnień w tym zakresie. W związku z tym, rozpoznając zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy, co do którego zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające na gruncie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Izba w szczególności dokonuje oceny czynności zamawiającego polegającej na ocenie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w zakresie ceny oferty.

Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W myśl przepisu art. 190 ust. 1a pkt 1) ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Ponadto, wymaga wskazania, iż przywołane powyżej regulacje ustawy Pzp (art. 90 ust. 3 oraz art. 190 ust. 1a pkt 1) nie oznaczają, iż w ramach postępowania przed Izbą w odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty na Odwołującym nie ciążyą żadne obowiązki dowodowe, a wystarczające jest samo sformułowanie zarzutu.

Zgodnie bowiem z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym - strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania.

Z przywołanego wcześniej przepisu art. 190 ust. 1a ustawy Pzp wynika, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę lub na zamawiającym, jeżeli wykonawca nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia jednak odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty (wyrok z dnia 13 kwietnia 2016 r. sygn. akt KIO 447/16). Przepis art. 190 ust. 1a ustawy Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i przerzucić na uczestnika postępowania/zamawiającego ciężar dowodowy (wyrok z dnia 29 lutego 2016 r. sygn. akt

KIO 198/16), podobnie w wyrokach: z dnia 15 kwietnia 2016 r. sygn. akt 474/16, z dnia 18 lipca 2016 r. sygn. akt KIO 1170/16, KIO 1172/16, KIO 1173/16.

Dokonując oceny wyjaśnień złożonych w Postępowaniu przez wykonawcę D.K. EXCLUSIVE Izba doszła do przekonania, iż wykonawca ten wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. W konsekwencji tego Izba uznała, iż dokonana przez Zamawiającego ocena tych wyjaśnień była prawidłowa.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż z treści złożonych przez Przystępującego wyjaśnień wynika, iż dokonując kalkulacji ceny oferty uwzględnił on wszystkie elementy cenotwórcze, wskazywane również przez Odwołującego w toku rozprawy, tj.: 1) koszty osobowe, 2) koszty sprzętu oraz 3) koszty środków chemicznych. Do pisma zostały załączone dowody dotyczące kosztów środków chemicznych, środków higienicznych, materiałów eksploatacyjnych oraz kosztów osobowych. Mając na uwadze okoliczność wcześniejszego wykonywania przez Przystępującego umowy na obiektach GZ Wałcz Izba uznała za wystarczające poprzestanie na treści wyjaśnień Przystępującego dotyczących kosztów sprzętu.

Odnoszą się do kosztów osobowych Izba dokonywała oceny wyjaśnień Przystępującego biorąc pod uwagę liczbę pracowników wskazanych w treści pisma z dnia 2 listopada 2017 r. Za całkowicie błędne Izba uznała stanowisko Przystępującego, iż nie miał obowiązku wskazywać na etapie składania wyjaśnień dokładnej liczby osób, którymi będzie się posługiwać podczas wykonywania zamówienia.

Przyznać należy, iż Zamawiający nie wymagał podania w treści oferty konkretnej liczby pracowników, co oznacza, iż informacje przekazywane w tym zakresie w treści wyjaśnień ceny oferty nie mogą być brane pod uwagę w zakresie dokonywania zgodności treści oferty z treścią SIWZ, jak również – wobec tego, iż nie staną się one treścią umowy, nie mogą przesądzać o nienależytym wykonaniu umowy tylko z tego powodu, iż jest ona realizowana przy pomocy mniejszej liczby pracowników.

Jakkolwiek w tej sytuacji deklaracje wykonawcy w zakresie szacowanej liczby personelu nie mają charakteru wiążącego, stanowią one istotne informacje pozwalające na dokonanie oceny, czy poziom kosztów wykonania zamówienia został w tym zakresie określony przez wykonawcę w sposób należyty, co w konsekwencji może mieć istotny wpływ na ogólną ocenę ceny oferty, tj. w szczególności czy nie jest ona rażąco niska. Oceny zaoferowanej przez wykonawcę ceny, w sytuacji zastosowania przez Zamawiającego procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, należy dokonywać w oparciu o treść wyjaśnień (wraz z dowodami), złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Modyfikacje treści wyjaśnień dokonywane na etapie postępowania odwoławczego co do zasady nie mogą

zostać wzięte pod uwagę przez Izbę, a przy uwzględnieniu całokształtu materiału dowodowego mogą wręcz zostać uwzględnione na niekorzyść wykonawcy.

Niemniej jednak, oceniając treść złożonych przez wykonawcę D.K. EXCLUSIVE wyjaśnień, Izba doszła do wniosku, iż przedstawione w nich kwoty stanowiące koszty osobowe zostały uwzględnione i wykazane w sposób prawidłowy i wystarczający do uznania, iż ten element cenotwórczy nie został przez ww. wykonawcę zaniżony w stopniu prowadzącym do uznania ceny oferty za rażąco niską. Jak bowiem wynika z treści pisma z dnia 2 listopada 2017 r. w ramach dokonanej kalkulacji ceny wykonawca ten uwzględnił zarówno obowiązujące przepisy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, jak i koszt składek na ZUS w części finansowej przez pracodawcę – w wysokości obowiązującej w roku 2018. Jeśli natomiast chodzi o dodatkowe koszty pracownicze, wskazywane przez Odwołującego (koszty urlopu, zastępstwa w związku z chorobą, szkoleń BHP i innych szkoleń pracowniczych oraz koszty odzieży roboczej), to zauważenia wymaga, iż jak wskazywał w trakcie rozprawy Przystępujący, w treści przekazanej Zamawiającemu kalkulacji znalazła się odrębna pozycja zawierająca inne dodatkowe koszty, w tym wprost przewidziane w tej pozycji koszty szkoleń BHP. Ponadto w ramach tej pozycji zostały uwzględnione także inne koszty wypadkowe, do których w ocenie Izby należy zaliczyć zarówno koszty urlopu, jak i koszty zastępstwa w związku z chorobą. Mając na uwadze okoliczność obecnego wykonywania przez Przystępującego analogicznej umowy na terenie obiektów GZ Wałcz, koszt ewentualnej dodatkowej odzieży roboczej również należy uznać za mający charakter kosztu wypadkowego, a z pewnością kosztu na niewysokim poziomie, który Przystępujący miał prawo uwzględnić w ww. pozycji kosztów dodatkowych.

Ponadto wymaga podkreślenia, iż Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił wskazywanego przez siebie poziomu tzw. dodatkowych kosztów pracowniczych. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających kwoty konieczne do uwzględnienia w kalkulacji z tego tytułu. Za wystarczający w tym zakresie dowód nie może zostać potraktowana kalkulacja załączona do odwołania, albowiem stanowi ona jedynie potwierdzenie poziomu kosztów przyjętych w ramach kalkulacji ceny przez samego Odwołującego.

Odnosząc się do okoliczności wskazywanych przez Odwołującego jako uzasadniające twierdzenie, iż zaoferowanie ceny zbliżonej do tej, za którą wykonywana jest przez Przystępującego obecna umowa przemawia na jego niekorzyść, stwierdzić należy, iż twierdzenia Odwołującego są na tyle ogólne, że nie pozwalają na wyciągnięcie jakichś konkretnych wniosków w tym zakresie. Twierdzenia te pozostają także w sprzeczności z treścią jego własnej kalkulacji (poz. nr 1 tabeli nr 3 kalkulacji). Ponadto, nawet jeżeli by przyjąć tą argumentację za zasadną, to z drugiej strony należy również uwzględnić

okoliczność, iż zarówno kontynuacja usługi na tym samym obiekcie, jak i dwa razy dłuższy czas jej realizacji na ogół wpływają na zmniejszenie poziomu kosztów wykonania danej usługi. Prawdopodobnie podobny skutek miała także wskazywana przez Przystępującego i Zamawiającego zmiana faktycznej siedziby Przystępującego.

Dodatkowo należy wskazać, iż Przystępujący nie tylko uwzględnił kwotę na nieprzewidziane wydatki, jak i przewidział odpowiednio wysoką kwotę spodziewanego zysku. W związku z tym nawet ewentualne nie uwzględnienie pewnych drobnych kosztów, nie mających dużego znaczenia dla ogólnej kalkulacji, nie mogłoby prowadzić do uznania, iż mamy do czynienia z ceną rażąco niską cenę. Powyższe w ocenie Izby będzie dotyczyć pozycji określonej przez Przystępującego w ostatnim akapicie na str. 3 wyjaśnień. Kwota stanowiąca koszty z tego tytułu będzie – jak zdaje się należy odczytać ten fragment wyjaśnień – pokrywana z kwoty zysku, co będzie prowadzić do zmniejszenia zysku wykonawcy, jednakże w ocenie Izby w stopniu nieznacznym, nie mającym wpływu na ostateczną ocenę zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny.

Oceniając zatem treść wyjaśnień Przystępującego, przy uwzględnieniu okoliczności, iż skalkulowane wynagrodzenie musi uwzględniać wszystkie koszty realizacji danego zamówienia, Izba uznała, iż Przystępujący wykazał, iż zaoferowana przez niego cena, choć w istocie bardzo niska, zasadnie nie została przez Zamawiającego uznana za ceną rażąco niską.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż zarzut zaniechania odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę nie potwierdził się. Konsekwencją ustalenia, iż zaoferowana przez Przystępującego cena nie jest ceną rażąco niską było również uznanie, iż złożenie oferty przez Przystępującego w Postępowaniu nie mogło z tych powodów zostać uznane za stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji.

Ad. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez automatyczną, niepoprzedzoną należną analizą okoliczności faktycznych i stanu prawnego odmowę ujawnienia informacji, które wybrany wykonawca zastrzegł jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, mimo że nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Niniejszy zarzut, jak wynika z treści uzasadnienia odwołania, jak i okoliczności ustalonych w trakcie rozprawy, w tym w szczególności stanowiska przedstawionego przez Odwołującego, odnosił się do okoliczności zaniechania zawarcia przez Przystępującego, w

treści pisma z dnia 2 listopada 2017 r., jakiegokolwiek wyjaśnienia stanowiącego wykazanie, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, iż zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jak natomiast wynika z treści odpowiedzi na odwołanie Zamawiający omyłkowo nie przekazał Odwołującemu części wyjaśnień zawierających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Po zapoznaniu się z treścią ww. wyjaśnień (dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa) Odwołujący w toku rozprawy nie przedstawił dalszej argumentacji na poparcie przedmiotowego zarzutu, w szczególności nie kwestionował samej treści wyjaśnień. Jakkolwiek zarzut ten nie został przez niego formalnie wycofany, to jednak Odwołujący przyznał, iż został on podniesiony w związku z brakiem wiedzy odnośnie zawarcia w treści pisma z dnia 2 listopada 2017 r. wyjaśnienia stanowiącego wykazanie, iż zastrzeżone przez Przystępującego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając to na uwadze, jak i fakt związania Izby treścią postawionych w odwołaniu zarzutów, należało uznać, iż ww. zarzut nie podlega uwzględnieniu.

Jedynie na marginesie Izba dodaje, iż również kalkulacja cenowa sporządzona przez Odwołującego została przez niego zastrzeżona jako zawierająca informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ad. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1 - 4 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Konsekwencją oddalenia dwóch pierwszych zarzutów było uznanie przez Izbę, iż nie potwierdziły się również powiązane z nimi, pozostałe dwa zarzuty.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238, ze zm.), stosownie do wyniku postępowania. Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) tytułem

wynagrodzenia pełnomocnika – zgodnie ze złożoną fakturą VAT oraz kwotę 802,36 zł (słownie: osiemset dwa złote trzydzieści sześć groszy) stanowiącą koszty dojazdu na rozprawę – na podstawie złożonego spisu kosztów zawierającego takie dane jak trasa przejazdu, ilość km, stawka za jeden kilometr przebiegu pojazdu Zamawiającego oraz pojemność silnika pojazdu Zamawiającego, stosując posiłkowo przepisy rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy (Dz. U. z 2002 r., poz. 271, ze zm.). Na konieczność posiłkowego stosowania w tym zakresie przepisów ww. rozporządzenia wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz orzecznictwie sądowym (np. wyrok Sądu Okręgowego w Koszalinie z dnia z dnia 23 czerwca 2017 r. (sygn. akt VII Ca 338/17).

Przewodniczący: