

Sygn. akt: KIO 1074/17

WYROK
z dnia 14 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 czerwca 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **29 maja 2017 r.** przez wykonawcę **FBSerwis S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Gdańsk - Gdański Zarząd Dróg i Zieleni, ul. Partyzantów 36, 80-254 Gdańsk**

przy udziale wykonawcy **Zakładu Remontowo - Budowlanego „BROMIX” sp. j., K. M. i K. S., ul. Spokojna 33, 83-010 Straszyn** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie w zakresie zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego: Zakładu Remontowo - Budowlanego „BROMIX” sp. j., K. M. i K. S., ul. Spokojna 33, 83-010 Straszyn na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych mimo, iż zaoferowana cena zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wskazany wyżej podmiot, w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego nie udowodnił, że zaoferowana cena nie ma takiego charakteru i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 17.05.2017 r., nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny**

ofert, w ramach której nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty Przystępującego ze wskazanej podstawy prawnej i z uwagi na przywołane na wstępie oraz w uzasadnieniu okoliczności. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasta Gdańsk - Gdański Zarząd Dróg i Zieleni, ul. Partyzantów 36, 80-254 Gdańsk** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **FBSerwis S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **Gminy Miasta Gdańsk - Gdański Zarząd Dróg i Zieleni, ul. Partyzantów 36, 80-254 Gdańsk** na rzecz **FBSerwis S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*oczyszczanie i utrzymanie zimowe Pasa Nadmorskiego w Gdańsku*”, sygn. akt 7/B/PC/2017, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2017/S 047- 086306 z 08.03.2017 r., przez Gmina Miasta Gdańsk — Gdański Zarząd Dróg i Zieleni, ul. Partyzantów 36, 80-254 Gdańsk zwaną dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 17.05.2017 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty Zakład Remontowo-Budowlany „BROMIX” sp. j., K. M. i K. S., ul. Spokojna 33, 83-010 Straszyn zwana dalej: „*Zakład Remontowo-Budowlany „BROMIX” sp. j., K. M. i K. S.*” albo „*BROMIX*” albo „*Przystępującym*”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta - FBSerwis S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa zwana dalej: „*FBSerwis S.A.*” albo „*Odwołującym*”.

W dniu 29.05.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) FBSerwis S.A. wniosło odwołanie na w/w czynność z 17.05.2017 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 29.05.2017 r. (faxem). Zarzucił naruszenie:

1. art 89 ust 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” w zw. z art. 3 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, ze zm.; dalej: „*UZNK*”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BROMIX, pomimo iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na znaczącym zaniżeniu przeważającej części cen jednostkowych, w szczególności cen za:
 - a. 1h monitoringu wydzielonych ciągów rekreacyjnych *przez 3 jednoosobowe patrole* (poz. nr 2 w kosztorysie ofertowym),
 - b. 100 m² wygrabiania pasów zieleni wraz z wywozem i utylizacją zebranych odpadów - na zlecenie (poz. nr 4 w kosztorysie ofertowym),
 - c. 100 m² oczyszczania wskazanych przez Zamawiającego terenów wraz z wywozem i utylizacją zebranych odpadów - na zlecenie (poz. nr 5 w kosztorysie ofertowym),
 - d. 100 m² odchwaszczania wskazanych przez Zamawiającego nawierzchni obiektów wraz z wywozem zebranych odpadów - na zlecenie (poz. nr 6 kosztorysu ofertowego),
 - e. 100 m² zmywania obiektów oraz innych powierzchni - na zlecenie (poz. nr 7 kosztorysu ofertowego),

f. 1 szt. opróżniania wskazanych przez Zamawiającego koszy na śmieci - na zlecenie (poz. nr 8 kosztorysu ofertowego),

g. 100 m² utrzymania zimowego wskazanych przez Zamawiającego nawierzchni obiektów (poz. nr 10 kosztorysu ofertowego), a tym samym zaoferowanie ww. cen jednostkowych na poziomach *znacznie* niższych, aniżeli ponoszone przez BROMIX koszty ich wykonania, w tym również koszty pracy w wysokości co najmniej minimalnego wynagrodzenia, za pracę lub minimalnej stawki godzinowej za zlecenie wynikających z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, przy jednoczesnym przeniesieniu ww. kosztów do Innych pozycji (poz. nr 1, 3 i 9 kosztorysu ofertowego), przy czym zastosowany w postępowaniu kosztorysowy model wynagrodzenia powoduje, że wynagrodzenie faktycznie wypłacone wybranemu wykonawcy będzie pochodną cen jednostkowych, a tym samym przesunięcie kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami kosztorysowymi będzie rzutowało na rzeczywistą wartość wypłaconego wynagrodzenia, prowadząc do możliwości zakłócenia uczciwej konkurencji,

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BROMIX, pomimo iż zawiera ona cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena charakteru ceny rażąco niskiej nie posiada;

3. art 8 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK poprzez zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez BROMIX jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo iż:

a. BROMIX nie wykazał w sposób dostateczny, że zastrzeżone informacje mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż przedstawił jedynie lakoniczne „uzasadnienie” zastrzeżenia ww. informacji, nie potwierdzające, aby posiadały one jakąkolwiek wartość gospodarczą uzasadniającą prawo do ochrony ich poufności,

b. Informacje zawarte w piśmie przekazanym przez BROMIX w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 08.05.2017 r. nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż dane takie jak np. sposób kalkulacji opłat za utylizację odpadów, przyjęte normy dotyczące kosztu i czasu pracy pojazdu i ich kalkulacje, dowody posiadania sprzętu i urządzeń czy realizacji zamówień opisanych we wcześniej złożonych wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie posiadają same w sobie wartości gospodarczej dla konkurentów, bowiem nie świadczą o posiadaniu przez BROMIX potencjału niedostępnego dla innych wykonawców, a jedynie mogą być wykorzystane do oceny prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej przedstawionej przez BROMIX w wyjaśnieniach z 25.04.2017 r. Wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej,
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy BROMIX,

4. nakazanie Zamawiającemu ujawnienie informacji zastrzeżonych przez BROMIX jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ponadto wnosił o:

5. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie.

1. Uzasadnienie zarzutów odwołania

1.1. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji i zaferowania ceny rażąco niskiej

W ramach niniejszego postępowania wykonawcy ubiegający się o zamówienie mieli obowiązek wskazać w swych ofertach cenę ofertową w ujęciu globalnym oraz składające się na nią ceny jednostkowe dla:

a. 100 m² oczyszczania terenu wydzielonych ciągów rekreacyjnych wraz z opróżnianiem koszy na śmieci oraz wywozem i utylizacją zebranych odpadów (poz. nr 1 w kosztorysie ofertowym),

b. 1h monitoringu wydzielonych ciągów rekreacyjnych przez 3 jednoosobowe patrole (poz. nr 2 w kosztorysie ofertowym),

c. 100 m² wygrabiania pasów zieleni wraz z wywozem i utylizacją zebranych odpadów - raz w tygodniu (poz. nr 3 w kosztorysie ofertowym)

d. 100 m² wygrabiania pasów zieleni wraz z wywozem i utylizacją zebranych odpadów - na zlecenie (poz. nr 4 w kosztorysie ofertowym),

e. 100 m² oczyszczania wskazanych przez Zamawiającego terenów wraz z wywozem i utylizacją zebranych odpadów - na zlecenie (poz. nr 5 w kosztorysie ofertowym),

f. 100 m² odchwaszczania wskazanych przez Zamawiającego nawierzchni obiektów wraz z wywozem zebranych odpadów - na zlecenie (poz. nr 6 kosztorysu ofertowego),

g. 100 m² zmywania obiektów oraz innych powierzchni - na zlecenie (poz. nr 7 kosztorysu ofertowego),

h. 1 szt. opróżniania wskazanych przez Zamawiającego koszy na śmieci - na zlecenie (poz. nr 8 kosztorysu ofertowego),

i. 100 m² utrzymania zimowego chodników, ciągów pieszych, schodów terenowych, parkingów rowerowych, obiektów inżynierskich wraz z opróżnianiem koszy na śmieci oraz wywozem i utylizacją zebranych odpadów (poz. nr 9 kosztorysu ofertowego),

j. 100 m² utrzymania zimowego wskazanych przez Zamawiającego nawierzchni obiektów (poz. nr 10 kosztorysu ofertowego).

Wykonawca BROMIX w swojej ofercie zaproponował Zamawiającemu nie tylko nadzwyczajnie niską całkowitą ceną ofertową, ale również znacząco zaniżył składające się na tę cenę ceny jednostkowe. Jednocześnie należy zauważyć, że wykonawca BROMIX, wezwany przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty

mających wpływ na wysokość ceny, w dniu 25.04.2017 r. stosowne wyjaśnienia przekazał. Wyjaśnienia te jednak:

- nie potwierdzają w sposób dostateczny, że zaoferowana przez BROMIX cena nie jest ceną rażąco niską,
- jednoznacznie wskazują, że zaproponowane ceny jednostkowe dotyczące pozycji nr 2, 4, 5, 6, 7, 8 i 10 formularza ofertowego zostały znacznie zaniżone, zaś część kosztów prac objętych tymi pozycjami została przesunięta do pozostałych pozycji formularza ofertowego (tj. do poz. nr 1, 3 i 9).

1.1.1. Popelnienie przez BROMIX czynu nieuczciwej konkurencji

Zgodnie z postanowieniem pkt XI Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia sporządzonej w postępowaniu (dalej: „SIWZ”), wynagrodzenie Wykonawcy będzie stanowiło iloczyn ceny jednostkowej i jednostki miary faktycznie zrealizowanej przez Wykonawcę usługi, zaś podane w ofercie i przyjęte w wyniku przetargu ceny jednostkowe usługi nie będą podlegały zmianie do dnia zakończenia okresu obowiązywania umowy, niezależnie od zmian cen materiałów i składników cenotwórczych. Analogiczne zasady dotyczące wysokości wynagrodzenia wypłacanego wykonawcy określone zostały we Wzorze Umowy - tj. w załączniku nr 2 do SIWZ. Zgodnie z treścią § 7 ust. 2 ww. Wzoru Umowy, Zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie za faktyczne ilości wykonanych usług zrealizowanych na podstawie Umowy, stanowiące sumę iloczynów ofertowej ceny jednostkowej, powierzchni/ilości danych terenów/obiektów oraz ilości dób/krotności realizacji usługi, powiększone o należny podatek VAT w wysokości 8%. Z powyższego wynika, że Zamawiający na gruncie niniejszego Postępowania przyjął kosztorysowy model rozliczenia. Jak się przyjmuje w doktrynie prawa cywilnego, *"kosztorys stanowi zestawienie (z reguły pisemne) potrzebnych do wykonania dzieła materiałów i nakładów pracy z podaniem ich cen jednostkowych. Sporządzany jest on zwykle (choć dopuszczalne jest sporządzenie kosztorysu także przez zamawiającego) przed zawarciem umowy przez przyjmującego zamówienie i stanowi istotny element jego oferty. Wraz z zawarciem umowy kosztorys staje się jej integralnym elementem. W odróżnieniu od ryczałtu, kosztorys nie ma charakteru ostatecznego, wiążącego dla stron. Jest on jedynie preliminarzem zestawiającym w sposób orientacyjny przewidywane koszty. Z punktu widzenia wysokości wynagrodzenia znaczenie ma dopiero „kosztorys powykonawczy” Może on określać wynagrodzenie wyższe lub niższe od wskazanego w kosztorysie umownym."* (tak A. Brzozowski, *Prawo zobowiązań - część szczegółowa, System Prawa Prywatnego, Tom 7, red. J. Rajski, Warszawa 2011 r., s. 404*). Istotą wynagrodzenia kosztorysowego jest zatem to, iż wynagrodzenie w momencie zawierania umowy nie ma charakteru stałego, lecz jedynie wstępny. Rzeczywista wysokość wynagrodzenia, jaka zostanie wypłacona wykonawcy rozliczającemu się z zamawiającym na podstawie kosztorysu, jest uzależniona z jednej strony od tego, jakie czynności (prace)

i w jakiej ilości w toku realizacji umowy ten pierwszy wykona, z drugiej zaś od wysokości poszczególnych cen jednostkowych, które dla takich prac zostały określone w kosztorysie. Jednocześnie zauważył, że stosownie do postanowienia § 7 ust. 4 Wzoru Umowy, wynagrodzenie Wykonawcy, w tym stawki jednostkowe, obejmują wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia i niezbędne do prawidłowego wykonania usługi, w szczególności robocizny z narzutami kosztów pośrednich, kosztów środków chemicznych użytych do realizacji przedmiotu Umowy, transportu i utylizacji odpadów, kosztów dysponowania i pracy sprzętu z narzutami kosztów pośrednich, zysku wykonawcy, oznakowania pojazdów, wyposażenia osób realizujących usługę w kombinezony robocze, narzędzia i materiały do prac w okresie letnim i zimowym, jak również koszty obejmujące czynności przygotowawcze do wykonywania usługi. W myśl postanowienia § 7 ust. 5 Wzoru Umowy, zwiększenie do 50% lub zmniejszenie do 20% powierzchni/liczby obiektów nie powoduje zmiany dotychczas obowiązujących stawek jednostkowych. Biorąc pod uwagę specyfikę zamówienia, jego zmienny zakres (zależnie od bieżących potrzeb zakres poszczególnych prac może być odpowiednio zwiększany lub zmniejszany), sposób rozliczenia (płatność wyłącznie za prace wykonane), a także mając na uwadze brzmienie § 7 ust. 4 Wzoru Umowy, przyjęć należy, że każdy z wykonawców był zobligowany wskazać w swej ofercie ceny jednostkowe za prace wymienione w poz. 1-10 kosztorysu ofertowego na poziomie realnym, tj. co najmniej uwzględniającym koszty, które będą ponoszone przy ich realizacji. Takiego wymagania nie spełniają ceny jednostkowe wskazane przez BROMIX w poz. 2, 4, 5, 6, 7, 8 i 10 kosztorysu ofertowego. Przywołane ceny jednostkowe są nadzwyczajnie niskie, zdecydowanie odstają od cen jednostkowych zaoferowanych przez pozostałych wykonawców ubiegających się o zamówienie i nie pokrywają podstawowych kosztów, które przy realizacji odpowiadających im prac wykonawca BROMIX będzie ponosił. Część owych kosztów została przeniesiona do pozostałych pozycji formularza ofertowego (które zostały ukształtowane na nieco wyższym poziomie), tym niemniej całkowita cena ofertowa (suma cen jednostkowych dla wskazanego przez Zamawiającego wstępnego zakresu (przedmiaru prac) pozostaje w dalszym ciągu na rażąco niskim poziomie. W oczywisty sposób została zaniżona podana przez BROMIX w poz. nr 2 kosztorysu ofertowego cena za 1 godzinę monitoringu wydzielonych ciągów rekreacyjnych przez 3 jednoosobowe patrole (**13 zł za godzinę**). Cena ta obejmuje bowiem **1 godzinę pracy czterech osób**, które zgodnie z postanowieniem rozdziału I pkt 4 SIWZ muszą być zatrudnione **na podstawie umowy o pracę**. Jak bowiem wyjaśnił Zamawiający w dniu 05.04.2017 r. w odpowiedzi na pytanie nr 3 do SIWZ, „w pkt 2 formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SIWZ) jednostka miary 1 h odnosi się do zryczałtowanej wartości usługi monitoringu wydzielonych ciągów rekreacyjnych wykonywanej przez **3 jednoosobowe patrole**. Opcjonalnie, po akceptacji przez oferenta dodatkowego kryterium określonego w

SIWZ (Rozdział XII ust A pkt 3) jednostka miary 1 h odnosić się będzie do zryczałtowanej wartości usługi monitoringu wydzielonych ciągów rekreacyjnych wykonywanej przez **4 jednoosobowe patrole**". Jednocześnie wskazał, że **BROMIX** w swej ofercie zadeklarował, że zapewni dodatkowy jednoosobowy patrol (w stosunku do wymaganych minimum trzech patroli) w ramach usługi monitoringu wydzielonych ciągów rekreacyjnych (pkt 4.1. tiret pierwsze formularza ofertowego **BROMIX**). Tym samym, zobowiązał się do zapewnienia co najmniej **4 osób patrolujących** jednocześnie ww. ciągi rekreacyjne.

Stawka jednostkowa 13 zł za godzinę pracy ww. czterech patroli oznacza, że za godzinę pracy BROMIX otrzyma jedynie 3,25 zł dla każdego pracownika. Kwota ta w sposób oczywisty nie uwzględnia kosztów pracy w wysokości wynikającej z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu pracę. Aktualnie (tj. dla roku 2017) kwota minimalnego wynagrodzenia za pracę została ustalona na poziomie 2 000,00 zł, zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 9 września 2016 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2017 r. (Dz. U. poz. 1456). Kwota ta, w przeliczeniu na jedną godzinę pracy, daje stawkę znacznie wyższą, aniżeli stawka zaoferowana przez wykonawcę BROMIX.

W roku 2017 łączna liczba godzin pracy wyniesie 2016:

W tym miejscu odwołania znajduje się kalendarz czasu pracy oraz tabelaryczne podsumowanie czasu pracy (źródło: kalendarz pracy dostępny na stronie internetowej pod adresem http://www.kalendarzswiatpl/czas_pracy).

W przeliczeniu na miesiąc godzin tych będzie **168** (2016:12 = 168).

Wykonanie prostego działania matematycznego polegającego na podzieleniu kwoty minimalnego wynagrodzenia za pracę (**2000 zł**) przez średnioroczną liczbę godzin w miesiącu (168) wskazuje na minimalną stawkę za godzinę pracy na poziomie **11,90 zł**. Tym niemniej, w przypadku zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę wykonawca będzie dodatkowo zobowiązany również do zapłaty tzw. kosztów pracodawcy, tj., części składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, którą zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2016 r. poz. 963, ze zm.; dalej: „**ustawa SUS**") finansuje płatnik składek (pracodawca). Koszty te w 2017 r. stanowią **20,61%** kwoty wynagrodzenia brutto wynoszą:

- składka emerytalna: $2\ 000\ \text{zł} \times 9,76\ \% = 195,20\ \text{zł}$
- składka rentowa: $2\ 000\ \text{zł} \times 6,50\ \% = 130,00\ \text{zł}$
- składka wypadkowa: $2\ 000\ \text{zł} \times 1,80\ \% = 36,00\ \text{zł}$
- składka na FP: $2\ 000\ \text{zł} \times 2,45\ \% = 49,00\ \text{zł}$
- składka na FGŚP: $2\ 000\ \text{zł} \times 0,10\ \% = 2,00\ \text{zł}$

Minimalne koszty zatrudnienia pracowników będą jeszcze wyższe w przypadku, gdy wykonawca zamierza zatrudnić osoby wykonujące prace związane z monitoringiem wydzielonych ciągów rekreacyjnych na podstawie umów cywilnoprawnych (umów zlecenia

lub umów o świadczenie usług). W przypadku takich umów minimalna stawka za godzinę wynosi bowiem **13 zł**, zgodnie z obwieszczeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 21 września 2016 r. (M.P. poz. 934). Stawka ta, stosownie do treści art. 16 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 4 ustawy SUS, z również musi być powiększona o koszty składek finansowanych przez płatnika (zleceniodawcę lub usługobiorcę) w wysokości **20,61%**. Po takim powiększeniu minimalne koszty, które zgodnie obowiązującymi z przepisami poniesie wykonawca przy powierzeniu wykonywania robót eksploatacyjnych i awaryjnych zleceniobiorcom lub usługodawcom wyniosą **15,67 zł**. Innymi słowy, każdy z wykonawców składając swą ofertę w ramach Postępowania w zależności od przyjętej metody zatrudnienia (umowa o pracę lub umowa cywilnoprawna), winien był zaproponować stawkę roboczogodziny za wykonanie robót awaryjnych lub eksploatacyjnych na poziomie odpowiednio minimum **14,36 zł** lub **15,67 zł**. Wykonawca BROMIX nie ma zatem możliwość pominięcia kosztów ww. składek - działając zgodnie z obowiązującymi przepisami będzie musiał w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia ww. koszty obligatoryjnie ponosić. Zgodnie z art. 13 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2016 r., poz. 1666, ze zm.; dalej: „k.p.”) każdy pracownik ma prawo do godziwego wynagrodzenia za pracę, przy czym warunki tego prawa określają przepisy prawa pracy oraz polityka państwa w dziedzinie płac, w szczególności poprzez ustalenie minimalnego wynagrodzenia za pracę. Stosownie zaś do treści art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008, ze zm.; dalej: „**ustawa MWP**”), wysokość wynagrodzenia pracownika zatrudnionego w pełnym miesięcznym wymiarze czasu pracy nie może być niższa od wysokości minimalnego wynagrodzenia ustalonego w trybie art. 2 i 4 ww. ustawy.

Każdy pracodawca ma zatem obowiązek zapłaty pracownikom kwoty wynagrodzenia na poziomie odpowiadającym co najmniej minimalnemu wynagrodzeniu za pracę. Brak wypełnienia tego obowiązku naraża pracodawcę na odpowiedzialność karną. Zgodnie bowiem z art. 282 § 1 pkt 1 k.p. kto wbrew obowiązkowi nie wypłaca w ustalonym terminie wynagrodzenia za pracę lub innego świadczenia przysługującego pracownikowi albo uprawnionemu do tego świadczenia członkowi rodziny pracownika, wysokość tego wynagrodzenia lub świadczenia bezpodstawnie obniża albo dokonuje bezpodstawnych potrąceń, podlega karze grzywny od 1 000,00 do 30 000,00 zł. Stosownie zaś do treści art. 218 § 1a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. z 2016 r. poz. 1137, ze zm.; dalej: „k.k.”), kto, wykonując czynności w sprawach z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, złośliwie lub uporczywie narusza prawa pracownika wynikające ze stosunku pracy lub ubezpieczenia społecznego, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Z powyższych przyczyn należy stwierdzić, że rzeczywiste koszty ponoszone przez BROMIX w trakcie realizacji usługi monitoringu wydzielonych

ciągów rekreacyjnych będą ponoszone w wysokości nie niższej, niż czterokrotność (dla czterech pracowników) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę powiększonego o wysokość składek ponoszonych obligatoryjnie przez pracodawcę. W sumie miesięczne minimalne koszty zatrudnienia pracownika wyniosą BROMIX 2,412,20 zł (2 000,00 zł minimalnego wynagrodzenia + 412,20 zł kosztów składek finansowanych przez pracodawcę), co przy przeliczeniu na 1 godzinę pracy daje kwotę **14,36 zł**. Minimalna stawka rynkowa za godzinę pracy czterech pracowników uzyskujących minimalne wynagrodzenie za pracę wyniesie zatem **57,44 zł**, zaś w przypadku pracowników zatrudnionych na podstawie umowy zlecenia lub umowy o świadczenie usług - **62,68 zł**. Kwota 13 zł za godzinę pracy musi być zatem uznana za rażąco zaniżoną i nie pokrywającą minimalnych kosztów pracy ponoszonych w związku z realizacją ww. prac. Tym bardziej nie wystarcza ona na pokrycie dodatkowych kosztów w tym zakresie (np. kosztów zapewnienia ubrania roboczego dla pracowników). Niezależnie zauważył, że złożone przez BROMIX w dniu 25.04.2017 r. wyjaśnienia w zakresie kalkulacji cenowej jednoznacznie potwierdzają fakt zaniżenia nie tylko poz. nr 2 kosztorysu (monitoring), ale dodatkowo również zaniżenia pozycji nr 4, 5, 6, 7, 8 i 10 kosztorysu ofertowego. BROMIX przedstawił bowiem taką kalkulację, z której jednoznacznie wynika, iż koszty związane z realizacją prac wymienionych w ww. pozycjach kosztorysu ofertowego są znacznie wyższe od kwot, jakie miałyby otrzymać od Zamawiającego z tytułu realizacji prac objętych tymi pozycjami. BROMIX wskazał mianowicie, że realizacja usług w ww. zakresie będzie się wiązała z ponoszeniem **w każdym miesiącu**:

- dla prac zakresu poz. nr 2: **15 720,00 zł** (suma 12 000,00 zł za wynagrodzenie pracowników i 3 720 zł za samochód),
- dla prac zakresu poz. nr 4: **1 520,00 zł** (suma 260,00 zł za wynagrodzenie pracowników, 400,00 zł za samochód, 60 zł za utylizację śmieci i 800,00 zł za pracę grabiarek),
- dla prac zakresu poz. nr 5: **475 zł** (suma 104,00 zł za wynagrodzenie pracowników, 91,20 zł za utylizację śmieci i 280,00 zł za pracę maszyn do czyszczenia),
- dla prac zakresu poz. nr 6: **690,00 zł** (suma 260,00 zł za wynagrodzenie pracowników, 30 zł za utylizację śmieci i 400,00 zł za pracę maszyn do czyszczenia),
- dla prac zakresu poz. nr 7: **693,00 zł** (suma 143,00 zł za wynagrodzenie pracowników, i 550 zł za pracę myjek karcher),
- dla prac zakresu poz. nr 8: **125,10 zł** (suma 19,50 zł za wynagrodzenie pracowników, 60,00 zł za samochód i 45,60 zł za utylizację śmieci),
- dla prac zakresu poz. nr 10: **426,50 zł** (suma 41,50 zł za wynagrodzenie pracowników i 385,00 zł za pracę ciągnika z pługiem).

W ujęciu globalnym - dla całego okresu wykonywania umowy koszty te stanowiąc będą dwunastokrotność ww. kosztów miesięcznych - umowa będzie bowiem zawarta na okres 24

miesiący, przy czym prace wykonywane w sezonie letnim (poz. 1-8) wykonywane będą od kwietnia do września (tj. dwa sezony po 6 miesięcy - łącznie **12** miesięcy), zaś prace w sezonie zimowym - od października do marca (tj. analogicznie dwa sezony po 6 miesięcy - łącznie również 12 miesięcy). Zatem wszystkie ww. prace zgodnie z kalkulacją BROMIX miałyby tego wykonawcę kosztować:

- dla prac zakresu poz. nr 2: **188 640,00 zł**,
- dla prac zakresu poz. nr 4: **18 240,00 zł**,
- dla prac zakresu poz. nr 5: **5 702,40 zł**,
- dla prac zakresu poz. nr 6: **8 280,00 zł**,
- dla prac zakresu poz. nr 7: **8 316,00 zł**
- dla prac zakresu poz. nr 8: **1 501,20 zł**,
- dla prac zakresu poz. nr 10: **5 118,00 zł**.

Proste zestawienie ww. kosztów z cenami podanymi w kosztorysie ofertowym BROMIX prowadzi do wniosku, że dla wszystkich ww. pozycji zaoferowane ceny nie pozwalają na pokrycie kosztów realizacji usługi:

	Koszty kalkulowane przez BROMIX za cały okres świadczenia usługi	Ceny ofertowe za cały okres świadczenia usługi (kolumna „G” kosztorysu ofertowego BROMIX)
poz. 2	188 640,00 zł	57 096,00 zł
poz. 4	18 240,00 zł	13 848,24 zł
poz. 5	5 702,40 zł	475,00 zł
poz. 6	8 280,00 zł	700,00 zł
poz. 7	8 316,00 zł	700,00 zł
poz. 8	1 501,20 zł	126,00 zł
poz. 10	5 118,00 zł	550,00 zł

Wykonawca dokonał zatem zabiegu matematycznego polegającego na przeniesieniu części ceny za prace wskazane w ww. pozycjach (przeniesienie kosztów) do pozostałych pozycji, tj. poz. nr 1, 3 i 9. Wykonanie bowiem dla ww. pozycji analogicznego zestawienia danych dotyczących wykazanych w wyjaśnieniach BROMIX kosztów z cenami podanymi w ofercie wskazuje, że ceny zaproponowane dla tych pozycji zostały odpowiednio przez BROMIX podwyższone

	Koszty kalkulowane przez BROMIX za cały okres świadczenia usługi	Ceny ofertowe za cały okres świadczenia usługi (kolumna „G” kosztorysu ofertowego BROMIX)
poz. 1	235104,00 zł	635 814,76 zł
poz. 3	72 960,00 zł	120018,08 zł
poz. 9	102 600,00 zł	116 136,00 zł

Powyższe świadczy o tym, że złożenie przez BROMIX oferty wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 3 ust. 1 UZNK. Zgodnie z tym przepisem, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jednocześnie w ust. 2 powołanej jednostki redakcyjnej (art. 3 UZNK) wymienione zostały konkretne zachowania, które ustawodawca do katalogu czynów nieuczciwej konkurencji zalicza. Zachowania te zostały zdefiniowane w przepisach art. 5 - 17d UZNK. Art. 3 ust. 1 UZNK pełni zarówno funkcję uzupełniającą jak i korygującą. Oznacza to, że czynem nieuczciwej konkurencji jest zachowanie, którego nie można zakwalifikować zgodnie z art. 5-17d UZNK, jeżeli jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, a ponadto narusza interes przedsiębiorcy lub klienta bądź mu zagraża. Może też być to zachowanie określone w art. 5-17d UZNK, (co samo w sobie oznacza sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami) i które ponadto stanowi zagrożenie bądź naruszenie interesu przedsiębiorcy (*vide wyrok SN z 04.11.2011 r., sygn. akt I CSK 796/10*). Innymi słowy, jeżeli określone działanie nie mieści się w katalogu czynów wyraźnie zakazanych przez UZNK, należy na podstawie przewidzianej w art. 3 ust. 1 tej ustawy klauzuli generalnej, jako uniwersalnego zakazu nieuczciwej konkurencji, ocenić charakter tego działania, z uwzględnieniem przesłanek przewidzianych w tym przepisie (*patrz wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 31 lipca 1995 r., IA Cr 308/95; por. również wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 maja 2014 r. VI ACa 1478/13*). Zgodnie z art. 3 ust. 1 UZNK, do której odsyła Pzp, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przy czym działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion sypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy (art. 5 do 17d UZNK). Z kolei dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Powołał stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku SA w Katowicach z 28.06.2007 sygn. akt: V ACa 371/07. Jednocześnie – wskazał za piśmiennictwem - o naruszeniu interesu innego przedsiębiorcy *"można mówić wówczas, gdy na skutek działania konkurencyjnego podjętego przez innego przedsiębiorcę nastąpi pogorszenie możliwości zakupu lub zbytu potrzebnych mu lub zbywanych przez niego dóbr lub usług. W przypadku działań objętych klauzulą generalną, zawartą w art. 3 ust 1 ustawy ZNK, treść danego działania nie ma znaczenia decydującego"* (*SO w Poznaniu sygn. IX Ge 19/07, tak też: P. Sokal: Czyn nieuczciwej konkurencji a dobre obyczaje, Monitor Prawniczy nr 24/2011 str. 1322*). Przenosząc powyższe rozważania na grunt stanu faktycznego niniejszej sprawy należy zauważyć, że działanie BROMIX polegające na zaproponowaniu Zamawiającemu

wyszczególnionych powyżej cen jednostkowych na poziomie nie uwzględniającym rzeczywistych kosztów, jakie w związku z ich wykonaniem wykonawca ten będzie ponosił, jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, dotyczącymi konkurencji przez przedsiębiorców w postępowaniach przetargowych poprzez oferowanie korzystnych dla Zamawiającego warunków. Pojęcie "dobre obyczaje" jest, jak podkreślają komentatorzy, pojęciem nieostrym i dopiero w konkretnych sytuacjach można mu przypisać określone treści. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że dobre obyczaje nie są normami prawnymi, lecz normami postępowania, podobnie jak zasady współżycia społecznego (...) oraz ustalone zwyczaje (...) które powinny być przestrzegane zarówno przez osoby fizyczne jak i podmioty (jednostki organizacyjne) prowadzące działalność gospodarczą (*Ewa Nowińska, Michał du Vall, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2010*). Na naruszenie dobrych obyczajów w niniejszym Postępowaniu wskazuje w szczególności to, że działanie BROMIX doprowadza do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach gospodarki rynkowej, prowadząc do naruszenia interesów innego przedsiębiorcy (Odwołującego i innych wykonawców ubiegających się o zamówienie) na konkurencyjnym rynku usług oczyszczania i utrzymania (*wyrok KIO z 01.07.2015 r. sygn. akt: KIO 1292/15*). W stanie faktycznym sprawy działanie BROMIX nie miało nic wspólnego z rzetelną wyceną wartości tychże robót i nie odzwierciedlało kosztu, które tego rodzaju prace w typowym przypadku (tj. gdyby nie były wykonywane jednocześnie z pozostałymi pracami), realnie by generowały. W istocie, realizacja poszczególnych robót za stawki, które w swej ofercie zaoferował wykonawca BROMIX, w ogóle nie byłaby możliwa. Zaoferowania takich stawek nie można uznać za normalne, konkurencyjne działanie wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Konkurencja, w szczególności na rynku zamówień publicznych, powinna cechować się uczciwymi zwyczajami i praktykami po stronie przedsiębiorców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia, nie zaś zabiegami czysto matematycznymi nakierowanymi wyłącznie na ustawienie się w pozycji korzystniejszej od innych przedsiębiorców. Praktyka taka jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jednoznacznie kwalifikowana jako niedozwolony czyn nieuczciwej konkurencji. Tytułem przykładu można tutaj wskazać na uzasadnienia wyroków Izby: z 28.03.2017 r., sygn. akt: KIO 437/17, z 17.10.2016 r., sygn. akt: KIO 1823/16, z 03.12.2015 r., sygn. akt: KIO 2553/15, z 24.09.2014 r., sygn. akt: KIO 1844/14.

- Co więcej, wymaga dostrzeżenia, że Wykonawca BROMIX zaniżył w swej ofercie w głównej mierze ceny jednostkowe dotyczące takich prac, których wykonanie nie jest pewne - tj. prac realizowanych na zlecenie (prace dotyczące poz. nr 4, 5, 6, 7, 8 i 10). Tym samym, dokonany przez niego zabieg polegający na przeniesieniu zasadniczej części kosztów prac ww. pozycji cenowych do pozycji, których wykonanie jest najbardziej prawdopodobne (nie zależy bowiem od przekazania indywidualnych zleceń przez

Zamawiającego) jest działaniem naruszającym interesy nie tylko wykonawców, ale również i Zamawiającego - bowiem prowadzić to może do sytuacji, w której Zamawiający ponosić będzie koszty realizacji prac realizowanych na zlecenie nawet wówczas, gdy takich prac zlecać wykonawcy BROMIX nie będzie. Jak tymczasem słusznie zauważyła KIO w uzasadnieniu wyroku z 23.05.2016 r. sygn. akt: KIO 547/16; KIO 550/16; KIO 552/16: *„działanie wykonawcy polegające na ”przerzucaniu” kosztów między odrębnie rozliczаныmi usługami płatnymi ryczałtem miesięcznie i usługami, których ilość zleceń nie jest gwarantowana i budowaniu ceny w ten sposób, że cena za część stałą jest wygórowana, a cena za część, która może zostać niezlecona jest znacznie zaniżona, jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, obowiązującymi w praktyce gospodarczej i jednocześnie zagraża interesowi nie tylko innych przedsiębiorców, ale przede wszystkim zamawiającego”.*

1.1.2. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego zaoferowania ceny rażąco niskiej

Dodatkowo wskazał, że oferta BROMIX zawiera cenę rażąco zaniżoną, zaś wykonawca ten, w przekazanych Zamawiającemu wyjaśnieniach z 25.04.2017 r. nie wykazał, aby zaoferowana przez niego cena charakteru rażąco niskiego nie miała. Przedstawiona przez niego wraz z ww. wyjaśnieniami kalkulacja kosztowa nie jest prawidłowa i nie obejmuje wszystkich kosztów, które w związku z realizacją przedmiotu zamówienia wykonawca ten będzie zmuszony ponosić. W tym zakresie wymaga przede wszystkim dostrzeżenia, że wspomniana kalkulacja została sporządzona w całkowitym oderwaniu od charakteru zamówienia i sposób ustalenia wynagrodzenia należnego za prace tym zamówieniem objęte. Zamawiający przyjął kosztorysowy model wynagrodzenia, w którym zakres prac realizowanych przez Wykonawcę oraz otrzymywane z tego tytułu wynagrodzenie nie jest stałe, lecz wprost zależy od aktualnych potrzeb Zamawiającego. Wykonawca BROMIX tymczasem przedstawił kalkulację opartą na wyliczeniach stałych kosztów miesięcznych - niezależnych od tego, jakie prace i w jakich ilościach będzie w danym miesiącu faktycznie wykonywał. O ile taki sposób kalkulacji mógłby stanowić podstawę do badania charakteru ceny przy wynagrodzeniu ryczałtowym (gdzie wykonawca otrzymuje stałą kwotę wynagrodzenia, np. płatną miesięcznie), o tyle jego przydatność w modelu kosztorysowym jest w istocie niewielka. Jakiegokolwiek bowiem zmiany w zakresie realizowanych w danym miesiącu prac (np. powierzenie przez Zamawiającego wykonania znacznego zakresu prac realizowanych na zlecenie lub ograniczenie obszaru prac dotyczących oczyszczania ciągów rekreacyjnych) i związana z tym zmiana wysokości wynagrodzenia może powodować, znaczące różnice pomiędzy ponoszonymi kosztami i uzyskiwanym w danym okresie rozliczeniowym wynagrodzeniem. Powyższe jest tym bardziej istotne, iż Zamawiający w treści SIWZ (§ 7 ust. 5 Wzoru Umowy) dopuścił możliwość znacznego zwiększenia lub zmniejszenia powierzchni lub liczby utrzymywanych obiektów (odpowiednio o 50% lub 20%), co pozostawać będzie bez wpływu na wysokość

przewidzianych w ofercie stawek jednostkowych. Kalkulacja przygotowana przez wykonawcę BROMIX, przedstawiona w całkowitym oderwaniu od powierzchni utrzymywanych terenów lub obiektów lub zakresu prac zleczanych przez Zamawiającego w ogóle nie pozwala zatem ustalić, czy wskazane w ofercie ceny jednostkowe pozwolą na pokrycie kosztów realizacji zamówienia również w przypadku, gdy takie zmiany w zakresie ilościowym usług świadczonych przez wykonawcę w toku realizacji zamówienia będą faktycznie miały miejsce. Stąd też przedstawienie takiej kalkulacji nie pozwala na realne ustalenie, czy ceny zaoferowane przez wykonawcę BROMIX pozwalają na realizację przedmiotu zamówienia zgodnie ze wszystkimi postanowieniami przewidzianymi przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej. Wykonawca BROMIX, składając swoje wyjaśnienia i przedkładając „ryczałtową” kalkulację swoich kosztów w ujęciu miesięcznym nie sprostał ciążącemu na nim na mocy art. 90 ust. 2 Pzp obowiązkowi wykazania, że jego oferta ceny rażąco niskiej nie zawiera. Niezależnie od tego dostrzeżenia wymaga, że przedstawiona przez BROMIX kalkulacja nie jest rzetelna i nie obejmuje swym zakresem wszystkich kosztów, które zgodnie z obowiązującym prawem BROMIX będzie musiał ponieść.

a) Zaniżona kwota wynagrodzenia za godzinę zlecenia

Jak wynika z wyjaśnień przedstawionych przez BROMIX, kalkulując cenę za prace wyszczególnione w poz. nr 1 formularza ofertowego przyjął on, iż będzie w tym zakresie ponosił koszty wynagrodzenia dla dwóch osób w wysokości: 31 dni (248 godzin/m-c) x 2 osoby x 13zł/h. Przyjął zatem, że koszty te będą stanowiły iloczyn liczby przepracowanych przez ww. dwie osoby godzin oraz stawki za godzinę pracy w wysokości 13 zł. Można jedynie domniemywać (z racji braku wyraźnego wyjaśnienia tej kwestii przez Wykonawcę), że ww. stawka 13 zł miałyby być wypłacana osobom zatrudnionym na podstawie zlecenia. W tym zakresie wskazał, że stawka 13 zł odpowiada wprawdzie minimalnej stawce za godzinę zlecenia (przewidzianej w przepisach o minimalnym wynagrodzeniu za pracę), jednak nie uwzględnia kosztów obligatoryjnych składek na ubezpieczenie społeczne, które zatrudniając pracowników na podstawie umowy zlecenia wykonawca BROMIX będzie musiał ponieść. W aktualnym stanie prawnym, wskutek podjętych ostatnio przez ustawodawcę zabiegów legislacyjnych uszczelniających system ubezpieczeń społecznych, zatrudnienie osób na podstawie umowy zlecenia wiąże się z obowiązkiem zapłaty przez zlecającego (w tym przypadku przez BROMIX) składek na ubezpieczenie społeczne - obowiązek ten wynika z regulacji art. 16 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 4 ustawy SUS. Koszty te w 2017 r. stanowią **20,61%** kwoty wypłacanego wynagrodzenia:

- składka emerytalna: $2\ 000\ \text{zł} \times 9,76\ \% = 195,20\ \text{zł}$,
- składka rentowa: $2\ 000\ \text{zł} \times 6,50\ \% = 130,00\ \text{zł}$,
- składka wypadkowa: $2\ 000\ \text{zł} \times 1,80\ \% = 36,00\ \text{zł}$,
- składka na FP: $2\ 000\ \text{zł} \times 2,45\ \% = 49,00\ \text{zł}$,

- składka na FGŚP: $2\ 000\ \text{zł} \times 0,10\ \% = 2,00\ \text{zł}$.

Wprawdzie przyznać należy, że przepis art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp wskazuje jedynie, że koszty pracy nie mogą być niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę lub minimalnej stawki godzinowej - nie wspomina przy tym nic o obowiązku wykazania dodatkowo również kosztu składek na ubezpieczenie społeczne. Tym niemniej, w sytuacji, gdy przy zatrudnieniu jakichkolwiek osób wykonawca ww. składki będzie musiał ponosić, niewątpliwie ich koszty będzie musiał pokryć z wypłaconej mu przez Zamawiającego kwoty wynagrodzenia. Koszty ww. składek obciążają przychód wykonawcy wynikający z realizacji zamówienia tak samo, jak wszelkie inne koszty bezpośrednio związane z wykonaniem zamówienia (np. koszty pracy samochodu, grabiarek, koszty utylizacji odpadów i inne rodzaje kosztów - które również nie zostały wprost przez ustawodawcę wymienione w przepisie art. 90 ust. 1 Pzp). Zatem rzeczywiście ponoszone przez BROMIX koszty zatrudnienia pracowników na podstawie stosunku zlecenia będą wyższe co najmniej o 20,61% - a więc w przypadku opierania się o wysokość minimalnej stawki za godzinę zlecenia wyniosą nie 13 zł, lecz minimum 15,67 zł.

b) Zaniżony koszt utylizacji odpadów

Zaniżona w kalkulacji została również wartość kosztów utylizacji odpadów (koszty wykazane przez BROMIX w kalkulacji dla poz. nr 1, 5, 8 i 9). Po pierwsze, aktualnie na obszarze świadczenia usługi stanowiącej przedmiot udzielanego zamówienia koszty te kształtują się na poziomie ok 500 zł za tonę. Po wtóre, poza samymi kosztami utylizacji wykonawca realizujący przedmiot zamówienia ponosić będzie również koszty transportu odpadów do miejsca ich utylizacji - koszty związane z pokonaniem trasy do miejsca utylizacji odpadów oraz drogą powrotną. Koszty te w ogóle nie zostały wykazane przez BROMIX. Zaznaczenia przy tym wymaga, że koszty transportu nie zostały uwzględnione w kalkulacji BROMIX w ramach „kosztów samochodu” - bowiem podany przez tego wykonawcę nakład 3 samochodu dziennie jest niewystarczający dla realizacji prac w zakresie oczyszczania ciągów rekreacyjnych oraz dla transportu odpadów do miejsca utylizacji.

c) Zaniżony koszt wynagrodzenia za pracę

W swoich wyjaśnieniach BROMIX wskazał, że w zakres kosztów ponoszonych w związku ze świadczeniem usługi monitoringu (poz. nr 2 kosztorysu ofertowego) wchodzi wynagrodzenie wypłacane 6 osobom w wysokości 2 000,00 zł miesięcznie. Koszt ten również został zaniżony.

Po pierwsze, zatrudnienie ww. osób na podstawie umowy o pracę (taka forma zatrudnienia tychże osób jest przez Zamawiającego wymagana stosownie do postanowienia rozdziału I pkt 4 SIWZ) wiąże się dodatkowo z obowiązkiem zapłaty przez wykonawcę z własnych środków składek na ubezpieczenie społeczne w wysokości 20,61% wypłacanego tym osobom wynagrodzenia. Obowiązek ten wprost wynika z przepisu z art. 16 ust. 1 ustawy

SUS. Powyższe oznacza, że minimalny koszt zatrudnienia jednego pracownika dla prac z poz. 2 kosztorysu ofertowego wyniesie BROMIX nie 2 000,00 brutto, lecz **2 412, 20 zł.**

Po wtóre, BROMIX błędnie przyjął, że do realizacji usługi wystarczające będzie zatrudnienie jedynie 6 pracowników. Zamawiający wymaga bowiem, aby usługa wymieniona w poz. 2 kosztorysu ofertowego była świadczona codziennie (7 dni w tygodniu) w godzinach od 8⁰⁰ do 20⁰⁰ (a więc każdego dnia przez 12 godzin). Przypomniał, że w swej ofercie BROMIX zobowiązał się do świadczenia w tym zakresie usługi **przez 4** (a nie 3) patrole jednoosobowe. Biorąc pod uwagę dopuszczalny czas pracy dla jednego pracownika (40 godzin tygodniowo - odpowiadające zatrudnieniu tylko przez 5 dni (nie 7) w tygodniu i przez 8 (nie 12 godzin)), obsadzenie 4 jednoosobowych dyżurów wymagało będzie zatrudnienia dodatkowych osób (w sumie 8 etatów) bądź też powierzenia zatrudnionym pracownikom pracy w godzinach nadliczbowych - co znacząco zwiększy wysokość ich wynagrodzenia ponad poziom wykazany przez BROMIX w swojej kalkulacji w związku z koniecznością zapłaty tym osobom przewidzianego w art. 151¹ ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2016 r., poz. 1666, ze zm.; dalej: „k.p.” dodatku za pracę w godzinach nadliczbowych).

d) Zaniżenie kosztów utrzymania zimowego

W kalkulacji BROMIX nieprawidłowo zostały oszacowane koszty utrzymania zimowego. Kalkulacja ta nie uwzględnia m.in. wynagrodzenia dla pracowników zatrudnionych przy utrzymaniu zimowym (koszty zatrudnienia kierowców, operatora ciągnika, osób odpowiedzialnych za opróżnianie koszy czy wykonujących wszelkie inne prace). Nie uwzględnia ona również kosztów materiałów niezbędnych do zimowego utrzymania (piasek, stosowany przez Wykonawcę do likwidowania śliskości). Ponadto kalkulacja ta przedstawia niewiarygodne założenia co do pracy ciągnika wraz z pługiem - biorąc pod uwagę położenie utrzymywanych terenów, w szczególności bliskość do morza, oraz fakt, iż w miejscach tych często pojawia się oblodzenie, przyjęta przez BROMIX liczba 3 godzin pracy ciągnika z pługiem i piaskarką jest niewystarczająca do należytego świadczenia usługi stanowiącej przedmiot zamówienia.

e) Brak wykazania kosztów związanych z zapewnieniem odzieży roboczej (kombinezonu) oraz narzędzi, materiałów i prac przygotowawczych

Przedstawiona przez BROMIX kalkulacja pomija całkowicie koszty związane z wyposażeniem osób realizujących prace w kombinezony robocze, narzędzie i materiały do prac w okresie letnim i zimowym oraz koszty obejmujące czynności przygotowawcze do wykonania usługi. Konieczność uwzględnienia tych kosztów w cenie ofertowej wynikała tymczasem nie tylko z praktyki, ale również i z wyraźnego wymagania Zamawiającego, który w § 7 ust. 4 Wzoru Umowy takie wymagania przewidział. Zgodnie z treścią powołanego fragmentu, wynagrodzenie Wykonawcy, w tym stawki jednostkowe, miało obejmować

wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia i niezbędne do prawidłowego wykonania usługi, w szczególności robocizny z narzutami kosztów pośrednich, kosztów środków chemicznych użytych do realizacji przedmiotu Umowy, transportu i utylizacji odpadów, kosztów dysponowania i pracy sprzętu z narzutami kosztów pośrednich, zysku wykonawcy, oznakowania pojazdów, wyposażenia osób realizujących usługę w kombinezony robocze, narzędzia i materiały do orać w okresie letnim i zimowym, jak również koszty obejmujące czynności przygotowawcze do wykonywania usługi. Brak wykazania ww. kosztów przez BROMIX czyni przedstawioną przez tego wykonawcę kalkulację niepełną i niewiarygodną. Biorąc pod uwagę powyższe, w stanie faktycznym sprawy nie sposób uznać, aby BROMIX, będąc wezwanym do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wykazał (udowodnił) Zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.

1.1.3. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa

W tym miejscu odwołania znajduje się w/w uzasadnienie dla przywołanego zarzutu, który został uwzględniony przez Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 30.05.2017 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 01.06.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zakładu Remontowo-Budowlanego „BROMIX” sp. j., K. M. i K. S. . BROMIX zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 09.06.2017 r. (e-mailem), a 13.06.2017 r. (oryginał na posiedzeniu) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.) zwanej dalej: „UZNK”, w pozostałym zakresie wnosił o oddalenie odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu na posiedzeniu. Poinformował iż zarzut dotyczący braku ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa został uznany. Dokumenty zastrzeżone są jawne, przystępujący do odwołania po stronie Zamawiającego Bromix również nie wniósł do tych czynności sprzeciwu. Odwołujący zarzucając czyn nieuczciwej konkurencji nie dopełnił ciężącego na nim obowiązku dowodowego wykazania, że ceny oferowane przez wykonawcę są cenami dumpingowymi. Odwołujący powinien wykazać, że oferowane usługi oferowane są poniżej kosztów ich wytworzenia przedstawiając

w tym celu dowody na poparcie swoich twierdzeń. Argumentacja użyta przez FB Serwis w odwołaniu nie pozwala stwierdzić aby sposób wyceny zamówienia dokonany przez Bromix utrudniał i eliminował z rynku innych przedsiębiorców. Odwołujący analogicznie jak w przypadku zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji nie wykazał żadnych dowodów potwierdzających swoje twierdzenie, iż wykonawca złożył ofertę z rażąco niską ceną. Ciężar dowodowy w takim przypadku spoczywa na stronie odwołującej. Zamawiający po wnikliwej analizie wyjaśnień złożonych przez Bromix oraz podnoszonych zarzutach przez odwołującego dotyczących nierealnych cen nie uznał ich za zasadne. Zamawiający, dodatkowo własnym staraniem wystąpił do innych zlecających o potwierdzenie prawidłowości złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Bromix celem ich uwiarygodnienia i przekonania o słuszności podjętych decyzji w sprawie. Po otrzymaniu opinii w zakresie prawidłowości przyjętych rozwiązań postanowiono jak na wstępie.

W dniu 12.06.2017 r. (faxem) , a 13.06.2017 r. (oryginał na posiedzeniu) Zakładu Remontowo-Budowlanego „BROMIX” sp. j., K. M. i K. S. złożył własną odpowiedź na odwołanie w ramach której, nie wnosił sprzeciwu wobec uwzględnionego zarzutu, w pozostałym zakresie wnosił o oddalenie zarzutów. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Zamawiającemu na posiedzeniu. W dniu 17.05.2017 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Kryteria oceny ofert stanowiły: cena ofertowa brutto (maksymalnie 80 pkt), cena jednostkowa netto oczyszczania wydzielonych ciągu rekreacyjnych (maksymalnie 10 pkt) oraz akceptacja dodatkowego jednoosobowego patrolu w ramach realizacji usługi monitoringu wydzielonych ciągów rekreacyjnych (10 pkt). Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez przystępującego, która opiewała na łączną cenę brutto 1021101, 21 zł i otrzymała łącznie 100 pkt. Kolejne miejsce zajęła oferta odwołującego, która została przez zamawiającego oceniona na 63, 45 pkt.

I. Czyn nieuczciwej konkurencji. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego naruszenia przez przystępującego przepisów UZNK opiera się przede wszystkim za sprawnej manipulacji liczbami przez odwołującego. Z punktu widzenia dalszego wywodu istotne są przede wszystkim dwie kwestie. Pierwsza, że zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ poza wymogiem podania łącznej ceny za realizację zamówienia wyszczególnił 10 typów usług, które składają się na przedmiot zamówienia. Każdej z tym usług poświęcił odrębną rubrykę w załączniku nr 1 do SIWZ wymagając od wykonawcy podania ceny jednostkowej netto za realizację usługi (w odniesieniu do określonych przez zamawiającego: jednostki miary - kolumna C i łącznej powierzchni - kolumna D). Drugą istotną kwestią na którą już na wstępie należy zwrócić uwagę jest to, że wzór umowy (załącznik nr 2 do SIWZ) w zakresie 10 typów

usług wyspecyfikowanych w formularzu ofertowym rozróżnia (vide § 8 ust. 6 załącznika nr 2 do SIWZ) **usługi, które będą realizowane przez cały okres trwania umowy** i są to:

Pozycja nr 1 formularza ofertowego: *Oczyszczanie terenu wydzielonych ciągów rekreacyjnych wraz z opróżnianiem i monitorowaniem koszy na śmieci oraz wywozem i utylizacją zebranych odpadów.*

Pozycja nr 9 formularza ofertowego: *Utrzymanie zimowe chodników, ciągów pieszych, schodów terenowych, parkingów rowerowych, obiektów inżynierskich wraz z opróżnianiem i monitorowaniem koszy na śmieci oraz wywozem i utylizacją zebranych odpadów* oraz **usługi, które będą realizowane na zlecenie zamawiającego o ile takowe w danym miesiącu złoży** (pozostałe pozycje w formularzu ofertowym). Odwołujący stoi na stanowisku, że pozycje nr 2, 4, 5, 6, 7, 8,10 kosztorysu ofertowego zostały przez przystępującego zaniżone i zawierają cenę rażąco niską. Odwołujący twierdzi także, że przystępujący w sztuczny sposób zawyżył cenę tych usług, które mają być wykonywane przez cały czas trwania umowy (niezależnie od złożenia zlecenia przez zamawiającego) zaniżając przy tym cenę usług, które będą wykonywane tylko w wypadku złożenia stosownego zlecenia przez zamawiającego. Taki rozkład kosztów pomiędzy poszczególne pozycje formularza ofertowego zdaniem FBserwis nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Zauważył, że ceny jednostkowe poszczególnych pozycji formularza ofertowego zostały przez Bromix szczegółowo wyjaśnione w piśmie z 25.04.2017 r. Podane tam wartości dotyczyły kosztów realizacji zlecenia w odniesieniu do jednego miesiąca świadczenia usługi - tylko dla tych usług, które zgodnie z SIWZ mają być realizowane w sposób ciągły. Pozostałe pozycje opisane w wyjaśnieniach z 25.04.2017 r. nie dotyczą kosztów w skali miesiąca, ale zgodnie z konstrukcją przyjętą przez zamawiającego w formularzu ofertowym odnoszą się one do realizacji usługi w wymiarze wymaganym przez zamawiającego w kolumnie E formularza ofertowego „ilość” (w odniesieniu do ustalonej przez zamawiającego jednostki miary oraz łącznej powierzchni wykonywania usługi). Tym samym, zasadnym było skalkulowanie kosztów realizacji zamówienia w zakresie usług realizowanych permanentnie podczas trwania umowy - w odniesieniu do miesiąca kalendarzowego. Następnie należało pomnożyć otrzymaną kwotę przez liczbę miesięcy. Natomiast sposób kalkulacji kosztu usług, które mają być wykonywane wyłącznie na zlecenie zamawiającego narzucił poniekąd sam zamawiający w formularzu ofertowym. Jak już powyżej wspomniano, globalna wartość netto usługi (kolumna G) musiała zostać skalkulowana każdorazowo w odniesieniu do ilości podanej przez zamawiającego w kolumnie E, powierzchni wskazanej w kolumnie D oraz jednostki miary opisanej w kolumnie C. I tak np. w pozycji nr 5 formularza ofertowego (oczyszczanie wskazanych przez zamawiającego terenów wraz z wywozem i utylizacją zebranych odpadów) zamawiający określił, że należy podać koszt dla jednorazowego wykonania usługi (vide kolumna E) dla powierzchni 50 000 m² w odniesieniu do jednostki

miary 100 m². Wykonawca podawał więc, że ww. koszt wynosi 475 zł. Jednocześnie wykonawca w piśmie z 25.04.2017 r. wyjaśnił, że na koszt wykonania tej usługi składa się koszt pracy maszyny do odchwaszczania, koszt pracy 2 osób w wymiarze 10 godzin oraz koszt utylizacji pół tony odpadów. Tymczasem zgodnie z twierdzeniem prezentowanym w odwołaniu ww. koszty podane przez przystępującego zostały uznane za koszty realizacji usługi przez okres jednego miesiąca. Koszty wykonania usług z pozycji nr 5 formularza ofertowego (tj. 475 zł) odwołujący pomnożył więc przez liczbę miesięcy przez które usługa ma być wykonywana i otrzymał kwotę 5 702,40 zł. Podobnie, dla zakresu prac z pozycji nr 6 formularza zamawiający wymagał podania kosztów jednorazowego zrealizowania usługi (w tym wypadku dla powierzchni 10 000 m²), które zostały oszacowane przez przystępującego w wyjaśnieniach z 02.04.2017 r. na 690 zł. Przy czym, należy zwrócić uwagę, że różnica między kwotą podaną w ww. wyjaśnieniach (690 zł), a kwotą przyjęta w załączniku nr 1 do SIWZ - 700 zł, tj. 10 zł stanowi czysty zysk wykonawcy. Również w tym wypadku odwołujący pomnożył kwotę podaną w wyjaśnieniach jako koszt wykonania usługi przez 12 miesięcy (690 x 12) otrzymując wartość 8 280 zł. Należy podnieść, że taki sposób wypełnienia formularza ofertowego byłby prawidłowy wyłącznie w wypadku gdyby zamawiający żądał podania ceny realizacji usługi przez okres 12 miesięcy. Tymczasem zamawiający (podobnie jak w wypadku pozycji nr 5 z formularza) wymagał podania ceny dla jednorazowej realizacji przedmiotowej usługi w odniesieniu do przyjętej jednostki miary, tj. 100 m². Sposób wypełnienia formularza ofertowego sugerowany przez odwołującego spowodowałyby zwiększenie ceny poszczególnych usług, a w konsekwencji łącznej ceny ofertowej, ale byłby przy tym niezgodny ze sposobem przygotowania oferty przyjętym przez zamawiającego w siwz oraz w samym formularzu. Powyższe uwagi należy odnieść do kolejnych punktów formularza opisywanych na str. 9 odwołania (poz. 6, 7, 8,10). Opisywana wadliwość rozumowania odwołującego wynika najpewniej z dosyć opacznej, czy nie też niedokładnej lektury wyjaśnień Bormix z 25.04.2017 r. W przedmiotowy wyjaśnieniach przystępujący zaznaczył, że kalkulacja kosztów w skali miesiąca dotyczy tylko tych usług, które będą wykonywane stale, natomiast nie odnosi się do pozostałych usług wyspecyfikowanych przez zamawiającego w formularzu ofertowym.

Jak już wyżej wspomniano odwołujący zarzuca, że złożenie oferty przez Bromix stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, co stanowi podstawę odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Odwołujący nie identyfikuje przy tym ze złożeniem przedmiotowej oferty żadnego z czynów nieuczciwej konkurencji stypizowanego w art. 5 i n UZNK twierdząc, że złożenie oferty spełnia przesłanki klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 UZNK. Jak stwierdził FBserwis w swoim odwołaniu - „*wykonawca dokonał zabiegu matematycznego polegającego na przeniesieniu części ceny za prace wskazane w ww. pozycjach (przeniesienie kosztów) do pozostałych pozycji, tj. poz. nr 1, 3, 9 - Wykonanie*

bowiem dla ww. pozycji analogicznego zestawienia danych dotyczących wskazanych w wyjaśnieniach Bromix kosztów z cenami podanymi w ofercie wskazuje, że ceny zaproponowane dla tych pozycji zostały odpowiednio przez Bromix podwyższone". Inaczej mówiąc, FBserwis twierdzi, że koszty usług, które zgodnie z umową mają być realizowane w sposób stały oraz usługi wymienionej w pkt 3 formularza ofertowego zostały przez Bromix odpowiednio zawyżone, natomiast pozycje z formularza dotyczące usług, które mają być wykonywane wyłącznie w razie złożenia stosownego zlecenia zamawiającego zostały zaniżone. W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że koszty poszczególnych pozycji w formularzu zostały przez Bromix oszacowane na rynkowym poziomie i odzwierciedlają wartość wszystkich nakładów finansowych niezbędnych w celu ich prawidłowej realizacji. Oczywistym jest, że koszty usług realizowanych w sposób stały stanowią będą zasadniczą część wynagrodzenia wykonawcy. Wymagają one bowiem permanentnego zaangażowania zasobów osobowych oraz rzeczowych wykonawcy. Wyższy od pozostałych jest także koszt usługi z pozycji 3 formularza ofertowego. W tym wypadku zamawiający wymagał bowiem podania kosztu dla 52 - krotnej realizacji usługi. Niezależnie od powyższego sposób kalkulacji kosztów nie może zostać uznany za czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 UZNK - *czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.* Konieczną przesłanką uznania danego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji na podstawie klauzuli generalnej przytoczonej powyżej jest więc **naruszenie interesu klienta lub innego przedsiębiorcy.**

Jak stwierdził ZA w wyroku z 19.07.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2057/06: *zgodnie z ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji za czyn nieuczciwej konkurencji może zostać uznane utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż m.in. usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odrzucenie oferty z powołaniem się na czyn nieuczciwej konkurencji wymaga więc ustalenia, że wykonawca celowo zaniżył cenę oferty poniżej rzeczywistych kosztów zakupu usług, zamierzając wyeliminować innych przedsiębiorców.* Tym samym, rozkład kosztów między poszczególne pozycje formularza ofertowego przyjęty w ofercie Bromix mógłby zostać uznany za naruszenie zasad uczciwej konkurencji w wypadku, gdyby wpływał na wyższą pozycję rankingową oferty Bromix. Odwołującemu FBserwis umknęło jednak, że **nawet gdyby Bromix zaoferował wykonanie pozycji stałych (poz. 1 i poz. 9) przy jednoczesnym podwyższeniu wartości pozycji realizowanych na zlecenie globalna cena oferta pozostałaby na tym samym poziomie.** Oczywistym jest bowiem, że rozkład ceny ofertowej pomiędzy poszczególne pozycje nie ma wpływu na jej łączną wartość. Poza tym, należy zwrócić uwagę, że zgodnie z rozdz. XII SIWZ jednym z **kryteriów oceny** ofert była cena brutto oczyszczania terenu wydzielonych ciągów rekreacyjnych (poz.

nr 1). Wykonawcy, którzy zaoferowali wyższą cenę oczyszczania ciągów rekreacyjnych otrzymywali mniej punktów, natomiast wykonawcy, którzy zaoferowali niższą cenę dostawali więcej punktów do ogólnej punktacji ofert. Gdyby cena oferty została skalkulowana według sugestii odwołującego, przystępujący musiałby zwiększyć cenę usług wykonywanych na zlecenie kosztem usług realizowanych na stałe, w tym przede wszystkim kosztem pozycji nr 1, która stanowiła zasadniczą część łącznej ceny zaoferowanej przez Bromix. Przyjęcie niższej ceny pozycji nr 1 spowodowałoby, że oferta przystępującego uzyskałaby jeszcze więcej punktów. Oczywistym jest więc, że sposób kalkulacji ceny przyjęty przez Bromix nie naruszył w jakikolwiek sposób interesów innych wykonawców. Nawet gdyby przystępujący przyjął niższy udział w kosztach pozycji nr i szanse na uzyskania zamówienia przez innych oferentów nie wzrosłyby, wręcz przeciwnie w konsekwencji takiego zabiegu oferta przystępującego byłaby ofertą wyżej punktowaną.

Podobnie uznał, że złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu przez przystępującego nie spowodowało żadnego uszczerbku w szeroko rozumiany interesie klienta. Interes klienta należy odnosić do interesu samego zamawiającego, który w postępowaniu o udzielenie zamówienia dąży do uzyskania produktu, który z jednej strony spełnia wszystkie przyjęte standardy jakościowe, z drugiej strony oferuje najkorzystniejszą cenę spośród wszystkich złożonych ofert. Następną w kolejności pod względem ceny oferta złożona przez FBserwis opiewała na kwotę ponad 700 000 zł wyższą, tj. ponad 1 700 000 zł. Realizacji zamówienia przez Bromix zgodnie ze wszystkimi wymogami zamawiającego, ale za kwotę niewiele ponad 1 000 000 zł nie tylko nie narusza interesu zamawiającego, ale w **istocie ten realizuje**. Również w doktrynie oraz orzecznictwie KIO podnosi się powszechnie, że zaoferowanie przez wykonawcę ceny istotnie niższej może być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji **tylko w razie wykazania, że miało na celu faktyczną eliminację innych przedsiębiorców z rynku**, a nie skuteczną konkurencję, tytułem przykładu:

- Prawo zamówień publicznych Komentarz, Granecki (red.), Legalis 2017;
- wyrok KIO z 09.06.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 672/09;
- Prawo zamówień publicznych Komentarz, Pieróg Cred.), Legalis 2017.

Podniósł, że Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że sposób kalkulacji ceny przez przystępującego miał na celu eliminację z rynku innych oferentów oraz, że w konsekwencji doprowadził do naruszenia interesu zamawiającego. Nie można więc czynić przystępującemu zarzutu z tego, że w warunkach pełnej opłacalności realizacji zamówienia skalkulował cenę zgodnie ze skonstruowanym przez zamawiającego formularzem ofertowym zachowując ją przy tym na przystępnym dla zamawiającego poziomie.

II. Zarzut rażąco niskiej ceny. Niezależnie od twierdzenia, że złożenie oferty przez Bromix wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, odwołujący zarzuca, że cena

realizacji zamówienia zaoferowana przez Bromix jest ceną rażąco niską. Odwołujący również w tej części odwołania zarzuca Bromix, że poszczególne pozycje formularza ofertowego zostały obliczone dla jednego miesiąca realizacji zamówienia. W ślad za tym co już powyżej stwierdzono należy jeszcze raz podkreślić, że Bromix skalkulował koszty wykonania zamówienia w skali miesiąca tylko dla tych pozycji kosztorysu ofertowego, które mają charakter stały. Taka metoda obliczenia kosztów wykonania zamówienia pozwala oszacować koszty, które będzie musiał ponieść wykonawca na poziomie odzwierciedlającym realne zaangażowanie nakładów finansowych wykonawcy. Skoro bowiem wykonawca będzie realizował zamówienie w każdym miesiącu kalendarzowym, miesiąc staje się najważniejszym punktem odniesienia dla kalkulacji kosztów zakładanych przez wykonawcę. Jak podnosi się wśród komentatorów Pzp: *elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny, zostały przykładowo wymienione w art. 90 ust. 2 pzp. Należą do nich wybrane rozwiązania techniczne, oszczędność metody wykonania itp. Hipotetyczne założenia odwołującego, iż za wskazane ceny jednostkowe poszczególnych pozycji kosztorysu nie można wykonać prawidłowo robót, lub że nie obejmują one wszystkich czynników cenotwórczych, nie zapewniają wykonawcy zysku, nie mogły stanowić podstawy rozstrzygnięcia zgodnego z żądaniem odwołującego. Kalkulacja własna ceny jest prawem, a jednocześnie obowiązkiem wykonawcy. W ramach tego prawa wykonawca na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może przyjąć swoją strategię budowy ceny (zob. m. in. Prawo zamówień publicznych komentarz. Granecki (red.), Legalis 2017, wyr. KIO z 12.5.2011 r., KIO 934/11). Abstrahując od stricte teoretycznych rozważań należy zwrócić uwagę, że na etapie składania oferty koszty, jakie poniesie wykonawca w związku z realizacją zamówienia zawsze są kosztami jedynie prawdopodobnymi, a co za tym idzie nigdy nie można przewidzieć ich z dokładnością co do złotówki. Kalkulacja kosztów w skali miesiąca powoduje, że koszty w kolejnych jednostkach czasu stają się bardziej przewidywalne, a poza tym umożliwia wykonawcy zarządzanie tymi kosztami w zależności od nakładów finansowych poniesionych rzeczywiście w danym okresie. Jak stwierdziła KIO w wyroku z 12.06.2014 r., sygn. akt: KIO 1133/14: *nie można z faktu zaoferowania ceny niższej niż inni wykonawcy wywodzić tezy o rażąco niskiej cenie w sytuacji, gdy cena ta nie odbiega w sposób istotny od realiów rynkowych*. Natomiast koszty wykonania pozostałych usług składających się na zamówienie zostały obliczone w taki sposób w jaki wymagał tego zamawiający w formularzu ofertowym tj. według stworzonego przez zamawiającego wzoru:*

$D \times E \times F / C$, gdzie C stanowi jednostkę miary, D powierzchnie, E - ilość, a F cenę jednostkową netto. W tym stanie rzeczy, formularz ofertowy (wbrew twierdzeniom odwołującego) w zakresie cen usług świadczonych na zlecenie zamawiającego nie zawierał szacowanego przez wykonawcę łącznego kosztu realizacji danej usługi w okresie realizacji zamówienia. W formularzu ofertowym należało podać bowiem cenę wykonania usługi dla

ilości wskazanej przez zamawiającego w punkcie E oraz dla przyjętej tam jednostki miary i przy założeniu powierzchni podanej w kolumnie D. Podany w kosztorysie ofertowym koszt jednostkowy zrealizowania usługi, która zgodnie z umową ma być wykonywana w razie zlecenia zamawiającego stanowi więc swego rodzaju „cennik” proponowany przez wykonawcę. Inaczej mówiąc, nie można utożsamiać ceny podanej w kosztorysie dla usług wykonywanych wyłącznie na zlecenie zamawiającego z łączną ceną realizacji tej usługi przez cały okres trwania umowy. Cena wykonania usługi będzie zależna od tego, czy oraz w jakim zakresie zamawiający będzie zlecał wykonawcy wykonanie tego konkretnego zadania.

Ponadto, Odwołujący nie zauważa, że poszczególne dane zawarte w kosztorysie były stałymi przyjętymi z góry przez zamawiającego. Rolą wykonawcy było określenie dla tych stałych ceny jednostkowej oraz wartości netto. Sporządzenie kosztorysu w sposób, który nie bazowałby na danych podanych z góry (jednostka miary, powierzchnia, ilość) nie byłoby prawidłowe, a oferta przygotowana w ten sposób zostałaby odrzucona jako niezgodna z SIWZ. Odwołujący zauważa również, że SIWZ dopuszcza możliwość zmniejszenia lub zwiększenia powierzchni lub liczby utrzymywanych obiektów, co pozostawać będzie bez wpływu na wysokość przewidzianych w ofercie stawek jednostkowych. Trzeba zwrócić uwagę, że SIWZ dopuszcza możliwość zarówno zwiększenia powierzchni jak i jej zmniejszenia, toteż kalkulacja dla powierzchni wskazanej w formularzu ofertowym poza tym, że jest jedyną dopuszczalną to dodatkowo odzwierciedla średnie prognozowane koszty wykonania zamówienia. Nie zgodził się także z Odwołującym, że cena zaoferowana przez przystępującego w zakresie utylizacji odpadów jest ceną rażąco niską. Odwołujący wskazał m. in., że koszt utylizacji tony odpadów na obszarze objętym przedmiotem zamówienia wynosi co najmniej 500 zł za tonę. Tymczasem, przystępujący korzysta z tych usług w cenie 304 zł netto (tj. 350 zł brutto za tonę) i nie jest to cena rażąco niska, a przeciętna cena rynkowa. Chybiony jest także zarzut, że cena zaoferowana przez Bromix nie zawiera kosztu transportu odpadów. Lektura wyjaśnień przystępującego z 20.04.2017 r. prowadzi do zgoła odmiennych wniosków - w każdym wypadku, gdy wykonanie zamówienia wymaga transportu, Bromix uwzględniał koszt pracy samochodu w przeliczeniu na godziny. Odnosząc się do zarzutu zaniżenia ceny utrzymania zimowego, należy stwierdzić, że tona piasku kosztuje aktualnie ok. 16 zł. Przystępujący szacuje, że na całe utrzymanie zimowe zużyje nie więcej niż 5 ton piasku, co zamyka się w koszcie ok. 90 zł. Koszt piasku nie stanowi więc istotnej części składowej ogólnego kosztu utrzymania zimowego.

Z wyroku KIO z 14.10.2014 r. sygn. akt: KIO 1833/14: ***Nie ma obowiązku w ramach uczynienia zadość wezwaniu do wyjaśnienia elementów kalkulacyjnych oferty dokładnej, "co do grosza" kalkulacji ceny. Konieczne jest zaprezentowanie istotnych z perspektywy jej kalkulacji, elementów ceny. Wynika to wprost z przepisów - przepis art.***

90 ust. 1 ustawy stanowi, że zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Oznacza to, że przedmiotem wezwania i wyjaśnienia są te elementy, które mają wpływ na wysokość ceny, to jest elementy istotne dla kalkulacji ceny oferty. W ten sam sposób traktuje kwestię wyjaśnienia elementów oferty ustawodawstwo unijne oraz orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości.

FBseriws podnosi także, że istotnym elementem ogólnego kosztu wykonania zamówienia, który nie został uwzględniony przez Bromix jest odzież robocza, narzędzia oraz koszty przygotowawcze wykonania usługi. W tym zakresie należy zauważyć, że koszt ww. elementów nie został uwzględniony w przedstawionej kalkulacji z uwagi na fakt, że jego udział w ogólnych kosztach, jakie musi ponieść wykonawca jest znikomy. Co więcej, przystępujący realizuje w okolicach miejsca gdzie ma być wykonywane zamówienia szereg innych usług o charakterze porządkowo - sprzątającym i ma w tym zakresie znacznie doświadczenia. Z związku z powyższym, przystępujący nie przewiduje konieczności poniesienia dodatkowych kosztów niezbędnych w celu „przygotowania wykonania usługi”. Podobnie, Bromix zatrudnia aktualnie pracowników sprzątających, którzy są wyposażeni w stosowne narzędzia oraz odzież. Tym samym, ich zakup specjalnie na potrzeby wykonania przedmiotowego zamówienia nie będzie potrzebny.

Zarzucając Przystępującemu zaoferowanie rażąco niskiej ceny odwołujący podnosi, że w pozycji nr 2 formularza ofertowego (monitoring wydzielonych ciągu rekreacyjnych) podał cenę pracy nie 4 osobowego patrolu, a jedynie koszt pracy jednego pracownika. Co istotne formularz ofertowy w tym zakresie był dalece nieprecyzyjny, w konsekwencji wątpliwym było, czy wykonawca powinien w pozycji nr 2 oszacować koszt pracy jednej godziny wyłącznie jednego pracownika, czy całego 4 osobowego patrolu. Należy stwierdzić, że to zamawiający jest podmiotem odpowiedzialnym za przygotowanie SIWZ zgodnie z ustawą pzp, w tym za takie przygotowanie formularza ofertowego aby nie było w jaki sposób należy go wypełnić. W związku z powyższym wszelkie wątpliwości w SIWZ powinny być wykładane na niekorzyść zamawiającego, co potwierdza utrwalone orzecznictwo KIO, tytułem przykładu: w wyroku z 16.04.2015 r., sygn. akt: KIO 660/15. Niezależnie od powyższego, zasadniczą wadą argumentacji odwołującego jest wykazywanie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do poszczególnych jej elementów składowych. Tymczasem zarówno w doktrynie prawa zamówień publicznych jak i w orzecznictwie KIO powszechnie podnosi się, że cenę rażąco niską można rozpatrywać wyłącznie w odniesieniu do globalnej ceny ofertowej wykonawcy, tytułem przykładu:

- Prawo zamówień publicznych Komentarz, Pieróg, wyd. 13/Pieróg, Legalis 2017:
- wyroku KIO z 21.12.2010 r., sygn. akt: KIO 2679/10:

- wyroku SO w Poznaniu z 04.06.2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08:
- wyroku SO z 21.09.2005 r., sygn. akt: VI Ca 628/05:

Nawet gdyby przyjąć, że składowa ogólnej ceny ofertowej w zakresie pozycji 2 formularza ofertowego może zostać samodzielnie uznana za rażąco niską, to bez wątplenia rażąco niska nie jest globalna cena ofertowa Przystępującego. Co istotne, Bromix oszacował, że łączny, „czysty” koszt realizacji przedmiotowego zamówienia (obliczony zgodnie z formularzem ofertowym) wyniesie 615 703, 24 zł. Pozostała kwota, tj. 329 962, 48 zł stanowi zysk wykonawcy, który został skalkulowany na poziomie ok. 30% łącznej ceny ofertowej. Wskazał na wyrok KIO z 20.04.2012 r., sygn. akt: KIO 676/12. Inaczej mówiąc, zgodnie z poglądem prezentowanym w orzecznictwie KIO uwzględnienie zysku w kalkulacji cenowej przedstawionej zamawiającemu w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie jest warunkiem koniecznym do uznania, że cena nie spełnia przesłanek rażąco niskiej. W tym stanie rzeczy oszacowanie zysku na poziomie niespełna 330 000 zł (ok. 30 % całej ceny) umożliwia wykonawcy pokrycie części kosztów z kwoty zysku. Przyjmując, że koszt pracy jednego pracownika zatrudnionego przy monitoringu wydzielonych terenów rekreacyjnych powinien wynieść co najmniej ok. 60 000 zł, należało oszacować koszty dla pozycji 2 z formularza ofertowego w wysokości nie niższej niż 240 000 zł, tj. w kwocie o 180 000 wyższej niż koszty podane przez Bromix. Poniesienie przez przystępującego dodatkowego kosztu w wysokości 180 000 spowodowałoby, że zysk Bromix z realizacji przedmiotowego zamówienia zmniejszyłby się z ok. 330 000 zł do 150 000 zł. Nawet w takim wypadku, nie mamy do czynienia z brakiem zysku po stronie wykonawcy, ale co więcej jest to w dalszym ciągu zyska na satysfakcjonującym, rentownym poziomie. Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że łączna cena ofertowa wykonawcy nie została obliczona na poziomie rażąco niskim, a przyjęty przez wykonawcę znaczny „zapas” w postaci zysku z wykonania umowy z zamawiającym powoduje, że nawet zwiększenie kosztów jej wykonania o kwotę niemalże 200 000 zł nie spowoduje, że realizacja zamówienia stanie się dla wykonawcy przedsięwzięciem nierentownym. W toku dalszego uzasadnienia braku spełnienia przez ofertę Bromix przesłanek z art. 90 Pzp nie można nie wspomnieć o oszczędnej metodzie wykonania zamówienia. W wyjaśnieniach z 25.04.2017 r. Przystępujący stwierdził, że ma 20 letnie doświadczenie w pracach o podobnym profilu jak sprzątanie Pasa Nadmorskiego oraz, że począwszy od 2008 roku do chwili obecnej wykonuje podobne usługi na obszarze od Sobieszowa do granicy z Sopotem o łącznej powierzchni 867700 m². Bromix planuje skierować do realizacji niniejszego zamówienia osoby pracujące na plaży, których czas pracy nie jest aktualnie w pełni wykorzystywany. Podobnie, w wyjaśnieniach z 08.05.2017 r. Przystępujący nadmienił, że w obszarze realizacji niniejszego zamówienia wykonuje aktualnie szereg usług podobnych do usług będących przedmiotem zamówienia. Między innymi Bromix stwierdził, że: firma ma podpisane umowy na sprzątanie plaży, dojsć do plaży,

terenów zielonych w pobliżu pasa nadmorskiego w okolicy Brzeźna, Nowego Portu oraz Oliwy. Przystępujący załączył do ww. wyjaśnień m. in. ksero umów nr 10/17/A z 31.03.2017 r. oraz nr 0/115/ZP1/2015 z 24.02.2015 r. W dalszej części wyjaśnień podano, że: „pracownicy sprzątający plażę oraz pracownicy sprzątający tereny gminne pracujący od Nowego Portu do Oliwy będą dodatkowo pomagać przy sprzątaniu pasa nadmorskiego”. Jak wynika z powyższego, wykonawca jako spółka prowadząca działalność w branży oczyszczania terenów miejskich zatrudnia pracowników, którzy w założeniu dedykowani są do sprzątania terenów bezpośrednio przyległych do obszaru na którym ma być wykonywane zamówienie. Czas pracy ww. pracowników nie jest aktualnie w całości efektywnie wykorzystywany. Z uwagi na powyższe przystępujący może wykorzystać tych pracowników przy pracy związanej z realizacją zamówienia, w tym przede wszystkim do monitoringu wydzielonych ciągów rekreacyjnych. Realny koszt, który poniesie Bromix w związku z koniecznością monitoringu ciągów rekreacyjnych w rzeczywistości nie przekroczy więc kosztu zadeklarowanego przez wykonawcę, tj. 57 096, zł. Wykonywanie podobnych zamówień w rejonie Nowego Portu i Oliwy obniży nie tylko koszt zaangażowania pracowników, ale także koszty transportu odpadów. Część sprzętu pracującego aktualnie na plaży (na potrzeby realizacji innych umów), którego wydajność nie jest w pełni eksploatowana będzie wykorzystywana w pracach porządkowych w Pasie Nadmorskim. W praktyce będzie to wyglądać na przykład w ten sposób, że samochód zbierający odpady z innych plaż (którego załadunek nie był dotąd w pełni wykorzystywany) będzie jednocześnie zabierał część odpadów z Pasa Nadmorskiego w Gdańsku, co niewątpliwie w znaczący sposób obniży koszty transportu. Zauważył, że oszczędna metoda wykonania zamówienia jest jednym z czynników wprost wymienionych przez ustawodawcę (art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp) jako ten, który może mieć wpływ na obniżenie przyjętych przez wykonawcę kosztów wykonania umowy. Jak wynika z powyższego oszczędna metoda zastosowana przez Bromix obniży znacząco koszty: paliwa, transportu, a przede wszystkim koszty godzin pracy.

III. Niedopuszczalne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Odnosząc się do zarzutu odwołującego, że część oferty oraz wyjaśnień złożonych przez Bromix została zastrzeżona jako tajna, mimo, że nie stanowiła tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego w rozumieniu art. 11 ust. 4 UZNK należy stwierdzić, że pismem z 07.06.2017 r. Bromix poinformował zamawiającego, że odtajania wszystkie zastrzeżone elementy oferty oraz wyjaśnień. Tym samym, od dnia złożenia ww. pisma należy uznać je za jawne. W tym stanie rzeczy rozpatrywanie zarzutu dot. tajemnicy przedsiębiorstwa jawi się jako całkowicie bezprzedmiotowe.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak

i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z całej dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym z treści ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, udzielonych odpowiedzi na zadane pytania zwłaszcza na pytanie 3 /pismo z 05.04.2017 r./ i zaktualizowanych w tym dniu zał. Nr 1 i 2 /Wzoru Umowy/ do SIWZ, informacji z otwarcia ofert, oferty Przystępującego, porównania i oceny ofert, wezwania z 20.04.2017 r. w trybie art. 90 ust. 1 Pzp z 24.04.2017 r. skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego, odpowiedzi Przystępującego z 25.04.2017 r. wraz z załączoną referencją z 16.02.2017 r., ponownego wezwania z 08.05.2017 r. oraz kolejnymi odpowiedziami z 12.05.2017 r. wraz z wszystkimi załącznikami /odtajnionymi przez Zamawiającego w związku z uwzględnionym zarzutem odwołania/: dowodami rejestracyjnymi 2 ciągników oraz 2 samochodów dostawczych, oświadczeniem, że sprzęt, który nie posiada dowodów rejestracyjnych jest własnością firmy, potwierdzeniem minimalnego wynagrodzenia za pracę w kwocie 2000,00 zł. brutto za jeden m-c, listą pracowników zatrudnionych na umowę o pracę przy monitoringu wydzielonych ciągów rekreacyjnych, umowy z 31.03.2017 NZ Sygn. Akt 10/17/A oraz umowy nr 0/115/ZP1/2015 z 24.02.2015r., załączonych do odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego pism – informacji o odtajnieniu wyjaśnień i zastrzeżonych części ofert Przystępującego /pismo z 07.06.2017 r./, jak i pisma z 08.06.2017 r. Gdańskiego Ośrodka Sportu, jak i informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 17.05.2017 r.

Odnośnie złożonych przez Odwołującego na rozprawie:

- 1) Etatyżacji – usługi monitoringu – Izba uznaje niniejsze przeliczenie za oświadczenie własne /kalkulację własną/ Odwołującego;
- 2) Wydruku mapki z Google odnośnie oddalenia od terenu realizacji zamówienia Zakładu Utylizacji Sp. z o.o. w Szadółkach – Izba uznaje niniejsze za dowód w sprawie;
- 3) Cennika opłat za zagospodarowanie odpadów przez Zakład Utylizacji Sp. z o.o. od 01.03.2017 r. w Szadółkach – Izba uznaje niniejsze za dowód w sprawie;

- 4) Kalkulacji własnej poszczególnych zakwestionowanych pozycji w odwołaniu – Izba uznaje niniejsze przeliczenie za oświadczenie własne /kalkulację własną/ Odwołującego.

Odnośnie złożonych przez Zamawiającego na rozprawie:

- 1) Zestawienia cen jednostkowych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu – Izba uznaje niniejsze za dowód w sprawie;
- 2) Cen realizacji zamówienia na analogicznym obszarze na mocy wcześniej zawartych umów - Izba nie uznaje niniejszego za dowód w sprawie z powodów formalnych brak potwierdzenia za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika Zamawiającego. Nadto, należy potwierdzić stanowisko Odwołującego co do braku możliwości weryfikacji porównywalności przedmiotu zamówienia dotyczącego przedłożonych dowodów względem przedmiotu zamówienia objętego aktualnym postępowaniem przetargowym. Izba zauważa, że Zamawiający kilkakrotnie oświadczał na rozprawie, że obecne postępowanie w tej formule i w zakresie jest prowadzone po raz pierwszy. Odnośnie pokrywania się częściowego zakresu de facto Izba musiałaby bazować na oświadczeniu własnym Zamawiającego nie dysponując żadnym materiałem do weryfikacji pod tym względem.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie Zamawiającego oraz odpowiedź na odwołanie Przystępującego, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułowała w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. art 89 ust 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust 1 UZNK poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BROMIX, pomimo iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na znaczącym zaniżeniu przeważającej części cen jednostkowych, w szczególności cen za:
 - a. 1h monitoringu wydzielonych ciągów rekreacyjnych przez 3 jednoosobowe patrole (poz. nr 2 w kosztorysie ofertowym),
 - b. 100 m² wygrabiania pasów zieleni wraz z wywozem i utylizacją zebranych odpadów - na zlecenie (poz. nr 4 w kosztorysie ofertowym),
 - c. 100 m² oczyszczania wskazanych przez Zamawiającego terenów wraz z wywozem i utylizacją zebranych odpadów - na zlecenie (poz. nr 5 w kosztorysie ofertowym),

- d. 100 m² odchwaszczania wskazanych przez Zamawiającego nawierzchni obiektów wraz z wywozem zebranych odpadów - na zlecenie (poz. nr 6 kosztorysu ofertowego),
 - e. 100 m² zmywania obiektów oraz innych powierzchni - na zlecenie (poz. nr 7 kosztorysu ofertowego),
 - f. 1 szt. opróżniania wskazanych przez Zamawiającego koszy na śmieci - na zlecenie (poz. nr 8 kosztorysu ofertowego),
 - g. 100 m² utrzymania zimowego wskazanych przez Zamawiającego nawierzchni obiektów (poz. nr 10 kosztorysu ofertowego), a tym samym zaoferowanie ww. cen jednostkowych na poziomach *znacznie* niższych, aniżeli ponoszone przez BROMIX koszty ich wykonania, w tym również koszty pracy w wysokości co najmniej minimalnego wynagrodzenia, za pracę lub minimalnej stawki godzinowej za zlecenie wynikających z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, przy jednoczesnym przeniesieniu ww. kosztów do innych pozycji (poz. nr 1, 3 i 9 kosztorysu ofertowego), przy czym zastosowany w postępowaniu kosztorysowy model wynagrodzenia powoduje, że wynagrodzenie faktycznie wypłacone wybranemu wykonawcy będzie pochodną cen jednostkowych, a tym samym przesunięcie kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami kosztorysowymi będzie rzutowało na rzeczywistą wartość wypłaconego wynagrodzenia, prowadząc do możliwości zakłócenia uczciwej konkurencji,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BROMIX, pomimo iż zawiera ona cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena charakteru ceny rażąco niskiej nie posiada;
3. art 8 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK poprzez zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez BROMIX jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego oraz odpowiedzi na odwołanie złożonej także przez Przystępującego. Uznając, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności zaoferowania przez Przystępującego ceny ofertowej na określonym poziomie, a dokładniej określonych cen jednostkowych w kontekście kosztorysu ofertowego, cena nie miała charakteru ryczałtowego. Nadto, w kontekście prawidłowości kalkulacji dostarczonej przez Przystępującego w ramach wyjaśnień z 25.04.2017 r, uzupełnionych dodatkowymi wyjaśnieniami z 12.05.2017 r. i prawidłowości czynności Zamawiającego uznania oferty Przystępującego za najkorzystniejszą. Odnosząc się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Zamawiający uwzględnił w ramach uwzględnienia częściowego zarzut trzeci i związany z nimi wniosek (który wykonał zgodnie z jego odpowiedzią na odwołanie), a w postępowaniu nie było zgłoszonego częściowego sprzeciwu przez Przystępującego po stronie Zamawiającego (tak w odpowiedzi na odwołanie Przystępującego, jak i na posiedzeniu) – art. 186 ust. 3a, 4 i 4a Pzp. W konsekwencji zarzut ten nie jest przedmiotem sporu, a jego ewentualne rozpatrywanie jest bezprzedmiotowe.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego i drugiego, Izba uznała że na uwzględnienie zasługuje jedynie zarzut drugi, zaś pierwszy podlega oddaleniu. Przy czym, Odwołujący sprecyzował na posiedzeniu, iż podtrzymuje zarzut pierwszy po zapoznaniu się z odpowiedzią na odwołanie tak Zamawiającego, jak i Przystępującego, jedynie wobec pozycji 2, przy czym w zakresie zarzutu ceny rażąco niskiej dalej podtrzymuje zarzuty i argumentacje z odwołania.

Względem podtrzymanej poz. 2 co do zarzutu pierwszego, Izba generalnie podziela argumentacje Odwołującego (co do zasady). Uznając za niedopuszczalne przerzucanie kosztów z jednej pozycji do innej przy wynagrodzeniu które ma charakter wynagrodzenia kosztorysowego. Jednakże w przedmiotowym stanie faktycznym zakres przedmiotu zamówienia z poz. 1 i zakres przedmiotu zamówienia z poz. 2 mają taki charakter, że stanowią pewną zbiorczą całość. W pierwszym bowiem wypadku mamy do czynienia z oczyszczaniem terenu wydzielonych ciągów rekreacyjnych wraz z opróżnianiem koszy na śmieci oraz wywozem i utylizacją zebranych odpadów w drugim z monitoringiem wydzielonych ciągów rekreacyjnych przez 3 jednoosobowe patrole. W obu więc wypadkach de facto chodzi o te same wydzielone ciągi rekreacyjne (15 km), obie usługi są świadczone równoległe w tym samym czaookresie (od IV do końca IX). W konsekwencji ewentualne przerzucenie kosztów z poz. 2 do poz. 1 byłoby z uwagi na wskazane okoliczności dopuszczalne. Jednocześnie należy zauważyć, że Odwołujący nie wskazał w żadnym miejscu odwołanie jakie de facto realne koszty zostały przeniesione. Nadto, Izba podzieliła argumentacje Przystępującego oraz przytoczone orzecznictwo przedstawione w jego odpowiedzi na odwołanie odnośnie niniejszego zarzutu. Nie mamy do czynienia z działaniem mającym na celu faktyczną eliminację innych przedsiębiorców z rynku, jak i nie miało miejsca naruszenie interesu klienta lub innego przedsiębiorcy.

Względem zarzutu drugiego, Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że orzecznictwo wskazane przez Przystępującego w jego odpowiedzi na odwołanie co do konieczności odnoszenia ceny rażąco niskiej tylko i wyłącznie do ceny globalnej nie jest już do końca

aktualne. Należy podnieść, że: „(...) dopiero ostatnia nowelizacja wprowadziła wprost, że „jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe” możliwość badania – istotnych części składowych zaoferowanej ceny w kontekście ceny rażąco niskiej. (...)” (za wyrokiem KIO z 24.08.2016 r., sygn. akt: KIO 1463/16). W tym wypadku Odwołujący ostatecznie podtrzymał w tym zarzucie argumentację względem poz. 1, 2, 3 i 9, które mają charakter stały i są w jego ocenie rażąco niskie. Odnośnie pozostałych pozycji, Odwołujący uznał jak oświadczył na rozprawie, argumentację Przystępującego, co do tego, iż mają one być realizowane na indywidualne zlecenie Zamawiającego oraz ograniczył się w konsekwencji jedynie do kwestionowania – czyli zarzutu - braku ujęcie w nich składki na ubezpieczenie społeczne. W toku rozprawy Odwołujący ograniczył się także do kwestionowania kalkulacji przedstawionej przez Przystępującego w toku wyjaśnień z 25.04.2017 r., tudzież z 12.05.2017 r.

Odnośnie poz. 1. W tym wypadku Izba uznała zasadność argumentacji Odwołującego dotyczącej tej pozycji co do uwzględnienia stawki minimalnej wynagrodzenia za pracę bez kosztów ubezpieczenia społecznego.

W świetle art. 69 ust. 2 lit. d dyrektywy klasycznej instytucje Zamawiające wymagają od wykonawców wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztów zaproponowanych w ofercie, jeżeli oferta wydaje się rażąco niska w stosunku do odnośnych robót budowlanych, dostaw lub usług, sprawdzając m.in. zgodność rozwiązań zaproponowanych w ofercie z obowiązkami w dziedzinie prawa pracy i prawa socjalnego, o których mowa w art. 18 ust. 2 dyrektywy klasycznej. W przypadku stwierdzenia, że oferta jest rażąco niska z uwagi na niegodność z obowiązującym prawem unijnym lub zgodnym z nim prawem krajowym w dziedzinach prawa socjalnego, prawa pracy lub z przepisami międzynarodowego prawa pracy (ponownie art. 18 ust 2 dyrektywy klasycznej), Zamawiający obligatoryjnie odrzuca ofertę.

Zgodnie z nowelizacją przepisów Pzp, a ściślej art. 90 ust.1 Pzp, która weszła w życie – 01.09.2016 r. Ze wskazanym dniem bowiem, na podstawie art. 4 ustawy z dnia 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1265) zmianie uległ m.in. art. 90 w ust. 1 pkt 1 Pzp. Art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp otrzymał następujące brzmienie: "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 albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);". Nadto, z dniem 17.08.2016 r. (data publikacji - ustawy z dnia 22 lipca 2016 r.) – wszedł w życie przepis wprowadzający*

minimalną stawkę godzinową (art. 1 pkt 1 lit. a oraz art. 7 w/w ustawy - zgodnie z art. 15 tejże ustawy). Akty wykonawcze do przywołanej na wstępie ustawy z dnia 22 lipca 2016 r., tj. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 9 września 2016 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2017 r. (Dz. U. z 2016 poz. 1456) opublikowano – 13.09.2016 r. oraz Obwieszczenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 21 września 2016 r. w sprawie wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2017 r. (M.P. nr 934) – 27.09.2016 r.

Dotyczą one także osób wykonujących pracę na podstawie umowy zlecenia oraz umowy o świadczenie usług.

Przepis ten powoduje wątpliwości interpretacyjne choćby z tego względu, że nakazano porównywać w nim koszty pracy z minimalnym wynagrodzeniem za pracę lub odpowiednio minimalną stawką godzinową. Do kosztów pracy poza wynagrodzeniem pracowników wlicza się m.in. składki opłacane przez pracodawcę na ubezpieczenie społeczne pracowników, koszty szkolenia zawodowego oraz inne wydatki (np. wydatki na odzież roboczą - składniki kosztów pracy zostały wskazane w Rozporządzeniu Komisji (WE) nr 1737/2005 z dnia 21.10.2005 r., Dz. U.UE L 279/11, rysunek 1). Interpretacja literalna mogłaby wskazywać, że wykonawca obowiązany jest przyjąć do ustalenia ceny tylko wartość minimalnego wynagrodzenia za pracę (aktualnie też minimalną stawkę godzinową). /tak też wyrok KIO z 27.01.2015 r., sygn. akt: KIO 47/15, sygn. akt: KIO 60/15, sygn. akt: KIO 81/15 - str. 41, wyrok KIO z 27.02.2015 r., sygn. akt: KIO 267/15, jak i wyrok KIO z 15.01.2016 r., sygn. akt: KIO 2853/15, sygn. akt: KIO 2870/15 (za wyrokiem KIO z 24.03.2016 r., sygn. akt: KIO 372/16), choć na gruncie wcześniejszego brzmienia tego przepisu/. Zaaprobowanie takiego rozumowania prowadziłoby jednak do wniosków nie do zaakceptowania na gruncie prawa pracy, mogłoby bowiem powodować, iż pracownicy de facto nie otrzymywaliby wynagrodzenia minimalnego (z kwoty tej należałoby bowiem uiszczać również zobowiązania pracodawcy). W konsekwencji uzasadnione jest, w ocenie Izby, zastosowanie w tym wypadku wykładni systemowej (uwzględniającej zobowiązania pracodawcy wynikające z innych ustaw m.in. w przypadku zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę wykonawca będzie dodatkowo zobowiązany również do zapłaty tzw. kosztów pracodawcy, tj., części składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, którą zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2016 r. poz. 963, ze zm. dalej: „ustawy SUS”) finansuje płatnik składek (pracodawca) i związane z zatrudnianiem pracowników) i w oparciu o dyrektywę *a cohaerentia i a completudine* uwzględnić koszty obowiązkowych składek, jakie ponosi pracodawca, niezależnie od formy zatrudnienia. Na taką interpretację wskazuje także art. 90 ust. 1 pkt 3 Pzp. /Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości

wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu m.in. w zakresie wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie (art. 90 ust. 1 pkt 3 Pzp)/. W zakresie ujęcia obowiązkowych składek Izba wskazuje na wyrok z 18.03.2015 r., sygn. akt: KIO 398/15, z 09.03.2015 r., sygn. akt: KIO 346/15, czy też na wyrok z 09.02.2015 r., sygn. akt: KIO 189/15. Przy czym, przywołane zmiany w drugiej połowę 2016 r., wprowadzenie stawki godzinowej skutkują koniecznością ciągłej ewolucji orzecznictwa w zakresie niniejszej kwestii.

W konsekwencji Izba, kierując się przywołaną wykładnią, podzieliła stanowisko Odwołującego, że w wypadku umów o prace winna być to wartość (koszt stawki za 1h) 14, 36 zł /obowiązek zapłaty przy umowach zlecenia składek na ubezpieczenie społeczne – art. 16 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 4 ustawy SUS/, a w wypadku umów zlecenia - 15, 67 zł, a stawka na poziomie 13 zł jest zbyt niska, a taką wykazał Przystępujący w ramach wyjaśnień z 25.04.2017 r. i załączonych dowodów /potwierdzenie minimalnego wynagrodzenia za pracę w kwocie 2000,00 zł brutto za jeden m-c, listą pracowników zatrudnionych na umowę o pracę przy monitoringu wydzielonych ciągów rekreacyjnych/.

Izba nie uznała argumentacji co do nieprawidłowego ujęcia kosztów transportu odpadów, tj. kontenera do Zakładu Utylizacji w Szadółkach. W tym zakresie, nie przedstawiono żadnego dowodu na okoliczność, że tego rodzaju koszt transportu jest wyższy z terenu objętego przedmiotem zamówienia do Zakładu Utylizacji w Szadółkach. Względem kwestionowanej pracy samochodu przez 3h stanowisko Zamawiającego przedstawione na rozprawie odnośnie przejazd samochodu przez 3h w porze porannej lub wieczornej jest racjonalne. Interpretacja Odwołującego że winno to być 12 h codziennie nie jest jedyną możliwą interpretacją § 5 Dz. I ust. 14 Wzoru umowy. Z kolei, koszty utylizacji odpadów znajdują swoje potwierdzenie w złożonym przez Odwołującego - Cenniku opłat za zagospodarowanie odpadów przez Zakład Utylizacji Sp. z o.o. od 01.03.2017 r. w Szadółkach /jedynie w wyjaśnieniach jest podana cena jako cena netto, a z cennika wynika, że jest to cena brutto/.

Odnośnie poz. 2. W tym wypadku Izba uznała zasadność argumentacji Odwołującego dotyczącej tej pozycji co do uwzględnienia stawki minimalnej wynagrodzenia za pracę bez kosztów ubezpieczenia społecznego /odpowiednio minimalną stawkę godzinową/. Izba ponawia swoją wcześniejszą argumentację w tej materii. W tym wypadku, Izba również podzieliła stanowisko Odwołującego co do nie ujęcia wszystkich kosztów osobowych. Inaczej mówiąc Przystępujący przeliczył koszty monitoringu według błędnych założeń i nie wziął pod

uwagę odpowiedzi na pytanie nr 3 /pismo z 05.04.2017 r./. Brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że udzielona odpowiedź była w jakiejś mierze niejasna, stanowisko Przystępującego z jego odpowiedzi na odwołanie nie ma żadnego potwierdzenia w rzeczywistości. Należało ująć 3 jednoosobowe patrole, a po akceptacji dodatkowego jednoosobowego patrolu w formularzu ofertowym – 4 patrole, co miało miejsce – w zakresie dodatkowego kryterium określonego w Rozdz. XII ust. A pkt 3 SIWZ . W konsekwencji jednostka miary 1h miała odnosić się do zryczałtowanej wartości usługi monitoringu wydzielonych ciągów rekreacyjnych wykonywane przez 4 jednoosobowe patrole. Przystępujący przyznał w swojej odpowiedzi na odwołanie – na str. 10 „8 wers od góry” (okoliczność przyznana nie wymagająca dowodu – art. 190 ust. 5 zd. 2 Pzp), że podał cenę pracy nie 4 osobowego patrolu, a jedynie koszt pracy jednego pracownika. Odnośnie zaniżenia 4-krotnego kosztów pracy samochodu, Izba ponawia swoją wcześniejszą argumentację. Izba także uznaje za zasadną argumentację podaną przez Przystępującego w swoich wyjaśnieniach z 25.04.2017 r. co do jednorazowego wywozu odpadów do Zakładu Utylizacji w Szadółkach tak z Pasa Nadmorskiego, jak i z plaż /inne zamówienie od Sobieszewa do granic miasta Sopotu/ będzie to niewątpliwie generowało określone oszczędności. Odnośnie uwzględnienia w tej pozycji pracy dwóch pojazdów – w ocenie Izby – brak jest podstaw do takich twierdzeń ze strony Zamawiającego. Izba uznała powyższe za spekulacje Zamawiającego. Jeśli bowiem nawet Przystępujący załączył dowody rejestracyjne dwóch pojazdów do wyjaśnień z 25.04.2017 r., to z samych wyjaśnień, a zwłaszcza z uzupełnienia z 12.05.2017 r. wynika, iż będzie to jeden pojazd (l. pojedyncza). Drugi pojazd może równie dobrze służyć do obsługi usługi z poz. 3 lub 9.

Odnośnie poz. 3. Odnośnie kosztów utylizacji odpadów zielonych, w ocenie Izby, złożony przez Odwołującego dowód w postaci - Cennika opłat za zagospodarowanie odpadów przez Zakład Utylizacji Sp. z o.o. od 01.03.2017 r. w Szadółkach – równie dobrze świadczy na korzyść Przystępującego. Niewątpliwie odpad pochodzący z grabienia może być kwalifikowany jako odpadowa masa roślinna. Brak jest podstaw do twierdzenia, że miała miejsce błędna ich klasyfikacja. W tym wypadku Izba uznała zasadność argumentacji Odwołującego dotyczącej tej pozycji co do uwzględnienia stawki minimalnej wynagrodzenia za pracę bez kosztów ubezpieczenia społecznego. Izba ponawia swoją wcześniejszą argumentację w tej materii. Odnośnie kosztów transportu odpadów, Izba uznała że istnieje możliwość ich wspólnego wywozu w ramach ograniczania kosztów do zakładu w Szadółkach.

Odnośnie poz. 9. W tym wypadku Izba uznała zasadność argumentacji Odwołującego dotyczącej tej pozycji co do uwzględnienia stawki minimalnej wynagrodzenia za pracę bez kosztów ubezpieczenia społecznego. Izba ponawia swoją wcześniejszą argumentację w tej

materii. W tym wypadku, Izba uznała również brak uwzględnienia kosztów transportu odpadów w tej pozycji. Należy uznać, że biorąc pod uwagę że ta pozycja dotyczy okresu zimowego, brak jest możliwości uznania że koszty zostały ujęte w innej pozycji lub zostały rozłożone z uwagi na wspólny wywóz odpadów z całego obszaru, a nawet sąsiedniego.

Pozostałe pozycji. W tym wypadku Izba uznała zasadność argumentacji Odwołującego dotyczącej tych pozycji co do uwzględnienia stawki minimalnej wynagrodzenia za pracę bez kosztów ubezpieczenia społecznego. Izba ponawia swoją wcześniejszą argumentację w tej materii.

Nadto, Izba wskazuje że uznała możliwość generowania przez Przystępującego określonych oszczędności z segregowania odpadów – co do zasady, ale wskazuje że w żaden sposób skala tych oszczędności nie została określona przez Przystępującego, ani w wyjaśnieniach ani w jego odpowiedzi na odwołanie.

Należy również wskazać, że rolą Zamawiającego jest co prawda ocena złożonych wyjaśnień – art. 90 ust. 3 Pzp. Jednakże, nie może Zamawiający swoją aktywnością zastępować Wykonawcy, w tym wypadku Przystępującego. W tym stanie faktycznym, działania Zamawiającego balansował na granicy i mogły zostać uznane przez Odwołującego za zbyt daleko idące. W tym zakresie, chodzi i uzgadnianie z innym Zamawiającym możliwości wykorzystywania zasobów Przystępującego realizujących inny kontrakt na potrzeby własnej umowy. Niewątpliwie wyjaśnienia z 25.04.2017 r. zawierały pewne odniesienia co do innego kontraktu, a nawet kontraktów, ale postawa Zamawiającego mogła zostać negatywnie, jako preferowanie Przystępującego realizującego kontrakt na sąsiednim terenie, odczytana bez względu na prawdziwe intencje /zbieranie pisemnej deklaracji innego Zamawiającego – załączanej do odpowiedzi na odwołanie/. Izba dodatkowo wskazuje że Zamawiający mimo złożonych oświadczeń nie przedstawił żadnej kalkulacji realności zaoferowanych cen jednostkowych przez Przystępującego, a inne przedstawione dowody nie zostały uznane z przyczyn formalnych, jak i z braku możliwości ich weryfikacji co do ich adekwatności z aktualnym przedmiotem zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 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 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....