

WYROK

z dnia 24 maja 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w 6 maja 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp.k. we Wrocławiu, Impel Security Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Monitoring Sp. z o.o. Sp. k. we Wrocławiu, Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Miasto Wrocław - Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej we Wrocławiu,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: DGP Clean Partner Sp. z o.o. w Legnicy, DGP Security Partner Sp. z o.o. w Katowicach, Przedsiębiorstwo Usługowe GOS – ZEC Sp. z o. o. w Poznaniu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp.k. we Wrocławiu, Impel Security Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Monitoring Sp. z o.o. Sp. k. we Wrocławiu, Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Provider Security

Partner Sp. z o.o. Sp.k. we Wrocławiu, Impel Security Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Monitoring Sp. z o.o. Sp. k. we Wrocławiu, Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania.

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

UZASADNIENIE

Zamawiający, Miasto Wrocław - Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej we Wrocławiu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług w zakresie ochrony osób i mienia oraz sprzętania w obiektach Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej na terenie miasta Wrocławia.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz. Urz. UE Nr 2016/S 040-065657 z dnia 26 lutego 2016 r.

W dniu 26 kwietnia 2015 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach.

W dniu 6 maja 2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Impel Provider Security Partner Sp. z o.o. Sp.k. we Wrocławiu, Impel Security Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu, Impel Monitoring Sp. z o.o. Sp. k. we Wrocławiu, Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem czynności rozstrzygnięcia postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 8 ust. 1-3 w związku z art. 90. ust. 1 ustawy przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu udzielonych przez wybranego Wykonawcy Konsorcjum DGP Clean Partner Sp. z o.o. - Lider, DGP Security Partner Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o. wyjaśnień ceny ofertowej,
3. art. 89 ust. 1 pkt. 2, 3, 4 i 6 ustawy poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy: Konsorcjum DGP Clean Partner Sp. z o.o. - Lider, DGP Security Partner Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

zawierającej rażąco niską ceną, stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, oraz zawierającej błąd w obliczeniu ceny;

4. art. 87 ust 2 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe dokonanie przez Zamawiającego czynności poprawienia omyłki w treści oferty wybranego Wykonawcy;
5. art. 91 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o:

1. uchylenie czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wybranego Wykonawcę;
2. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2, 3, 4 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych - oferty złożonej przez wybranego Wykonawcę - jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawierającej rażąco niską ceną, stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, oraz zawierającej błąd w obliczeniu ceny;
3. nakazanie Zamawiającemu odtajnienia udzielonych przez Wykonawcę wyjaśnień,
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

I.

Odwołujący stwierdza, iż oferta wybranego Wykonawcy winna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 6 ustawy prawo zamówień publicznych.

Podkreślić należy, iż Zamawiający wymagał w pkt. 1115 SIWZ w ppkt. 1, aby Wykonawcy przedstawili wszystkie koszty związane z realizacją pełnego zakresu zamówienia określonego w rozdziale II (Opis przedmiotu zamówienia) i załączniku nr 3 do SIWZ. Wybrany Wykonawca w złożonej ofercie w Załączniku nr 3 - Zestawienie kosztów zadania, dla lokalizacji przy ul. Na Ostatnim Groszu 54-56 zaniechał wpisania wartości usługi w pkt. 3 dla czynności utrzymania terenu utwardzonego i odśnieżania.

W konsekwencji uznać należy, iż treść oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Zgodnie z przepisem art. 82 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych treść oferty musi odpowiadać specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca zatem ma bezwzględny obowiązek przedstawić w ofercie zakres świadczenia, który jest tożsamy z wymaganiami Zamawiającego, zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia. W rezultacie za rażący błąd w obliczeniu ceny, w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy prawo zamówień publicznych, należy uznać pominięcie przez Wykonawcę w kalkulacji ceny ofertowej wymaganego zakresu czynności, które trzeba wykonać w trakcie realizacji zamówienia.

Z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy prawo zamówień publicznych wynika, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych. Zarówno treść siwz, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: Zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, to porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, zawartym w siwz, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści siwz - jest z nią zgodna. Art. 82 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych zastrzega przy tym formę pisemną pod rygorem nieważności dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast definicja oferty wynika z przepisu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego. Nie budzi również wątpliwości, iż z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny, za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. Nadto, jeżeli oprócz potwierdzenia ogólnym oświadczeniem zgodności z opisem Zamawiającego, wymagana jest konkretyzacja przedmiotu oferty pozwalająca na jego jednoznaczną identyfikację przez wskazanie konkretnych parametrów usługi, nazwy, modelu, typu itp. - porównanie tak sprecyzowanej treści oferty z treścią wymagań opisu przedmiotu zamówienia, zawartego w siwz, przesądza o ich wzajemnej zgodności.

Odwołujący stwierdza, iż Zamawiający nie miał żadnych podstaw prawnych do dokonania poprawienia omyłki w treści oferty Wykonawcy w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy prawo zamówień publicznych, gdyż błąd w ofercie Wykonawcy ma decydujący wpływ na treść oferty. Nie można w żaden sposób uznać, aby miał charakter drobny, ponieważ w wyniku jego poprawienia Zamawiający w sposób istotny zmienił treść oświadczenia woli Wykonawcy zawartego w jego ofercie.

Wbrew stanowisku wybranego Wykonawcy i Zamawiającego podkreślić należy także,

iż w świetle siwz cena ofertowa nie ma charakteru ryczałtowego. Cena ofertowa wynika z bardzo szczegółowego zestawienia kosztów, zawartego w Załączniku nr 3.

Niezrozumiałe pozostają powody, dlaczego Zamawiający przyjął koszt miesięczny na poziomie 9,98 pln dla usług utrzymania terenu utwardzonego Na Ostatnim Groszu 54-56. Kluczowym dla oceny sytuacji jest fakt, że Zamawiający uznał brak wypełnienia jednej z pozycji jako zwykłą omyłkę, którą może samodzielnie poprawić za pomocą następującego działania matematycznego:

Suma kosztów z poz. RAZEM w kol. 4

— podliczona przez Zamawiającego suma kosztów cząstkowych z 78 pozycji kosztorysu kol. 4 = koszt usługi za 1 m-c poz. 3 ul. Na Ostatnim Groszu 54-56

W przekonaniu Odwołującego jest to niemożliwe, bo gdyby w podobny sposób postąpić z kol. 5 kosztorysu, to powinna wyjść różnica, która podzielona przez liczbę miesięcy (a więc liczbę 36) da właśnie miesięczną cenę na poziomie 9,98 pin, a przecież takiego wyniku nie można otrzymać.

Gdy dokonamy porównania cen zaproponowanych przez wybranego Wykonawcę za podobne usługi, dotyczące innych lokalizacji w Załączniku nr 3, wyliczona przez Zamawiającego miesięczna cena na poziomie 9,98 pin (a całkowita - na poziomie 359,28 pin) jest na absurdalnie niskim poziomie. Według siwz (str. 11 pkt. 10) - w przypadku lokalizacji Na Ostatnim Groszu 54-56 - mamy do czynienia z terenem utwardzonym - około 35,00 m2, utrzymaniem czystości, odśnieżaniem i posypywaniem solą, piaskiem wejścia do obiektu (taras, schody).

Jeżeli popatrzymy na podobne lokalizacje, np.:

5. ul. Sredzka 42	Teren utwardzony - około 50,00 m2, utrzymanie czystości w tym schody wejściowe + odśnieżanie i posypywanie solą, piaskiem dojścia do obiektu wraz ze schodami.
7. ul. Zachodnia 1-3	Teren utwardzony - około 45,00 m2, utrzymanie czystości + odśnieżanie i posypywanie solą, piaskiem dojść do obiektu.

Zgodnie z zestawieniem w załączniku nr 3 - poz. 24 w kolumnie piątej jest koszt 82.371,96 pin, mimo że jest tylko 15 m² więcej.

Zgodnie z zestawieniem w załączniku nr 3 - poz. 42 w kolumnie piątej jest koszt 121.644,00 pin, mimo że jest tylko 10 m² więcej.

II.

Odwołujący stwierdza, iż oferta wybranego Wykonawcy winna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 ustawy prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że „ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku.” (sygn. akt: KIO 560/12 z dnia 12 kwietnia 2012 r.). Ponadto, innym czynnikiem pozwalającym klasyfikować zaoferowaną przez Wykonawcę cenę jako rażąco niską jest „cena (...) która uniemożliwia realizację zamówienia, (sygn. akt: KIO 676/12 z dnia 20 kwietnia 2012 r.).

Mając powyższe na względzie Odwołujący stwierdza, iż podstawowym zarzutem wobec ceny zaproponowanej w ofercie wybranego Wykonawcy jest niezawarcie w kosztach sprzątnia budynków (w poszczególnych lokalizacjach) realnych kosztów pracy kadry realizującej usługę sprzątnia. Co do zasady przyjmuje się, że 1 osoba sprzątająca w podstawowym normatywie czasu pracy (8 h) jest w stanie posprzątać ok. 1000m² powierzchni (nie rozróżniając, czy chodzi o powierzchnie wymagające odkurzania, czy też mycia). Nie sposób zatem przyjąć, że np. dla lokalizacji ul. Strzegomska 6 miesięczny koszt codziennego sprzątnia budynku o powierzchni 3590m² (nie wliczając sprzątnia w czasie zastępstwa urlopowego oraz sprzątnia w cyklu innym, niż codzienny) ma wynosić 1120,00 pin (ok. 910 PLN bez VAT). Do codziennego sprzątnia takiej powierzchni wymagany jest co najmniej 4 - osobowy zespół, a wynagrodzenie miesięczne każdej z tych osób - zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy pzp - nie może być niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Sprzątnie ma się odbywać - zgodnie z Rozdziałem II pkt. 6 SIWZ - w godz. 15.30 - 20.00 (4,5 h dziennie), co wskazuje na konieczność poszerzenia zespołu do min. 6 osób. Dodatkowo Zamawiający wymaga w tej właśnie lokalizacji 1 osoby dyżurnej w godzinach pracy placówki, co powoduje konieczność realizacji prac porządkowych przez co najmniej 7 osób dziennie.

Podobna sytuacja istnieje w lokalizacji ul. Hubska 30 - 32, gdzie powierzchnia do sprzątnia codziennego przekracza 3000m², a Wykonawca - Dozorbud wycenił miesięczny koszt takiej usługi na poziomie 1015,00 pin bez VAT (tutaj również Zamawiający żąda dodatkowej osoby dyżurnej, wykonującej zadania porządkowe w godzinach pracy zamawiającego). Usługa za tą cenę jest niemożliwa do wykonania, przy uwzględnieniu

metodologii obliczeń - jak powyżej, która to metodologia jest podstawową dla wyceny podobnych usług przez profesjonalne podmioty, działające w branży tychże usług.

Odrębną kwestią jest wycena usługi za czyszczenie rynien w 9 lokalizacjach, którą to usługę wykonawca wycenił w każdej z lokalizacji na poziomie 8,13 pln (bez VAT) za każde czyszczenie.

Nie sposób przyjąć, że czyszczenie kilkudziesięciometrowych rynien, zajmujące pracownikowi (z uprawnieniami do pracy na wysokościach) kilka godzin, miałyby kosztować ok. 8 pln, gdyż kwota ta nie pokrywa nawet kosztów zatrudnienia pracownika. Zgodnie z informacją, otrzymaną od Zamawiającego, usługa ta jest bardzo istotna z uwagi na fakt ciągłego zalewania wodą deszczową niektórych posesji w związku z niedrożnością rynien, a zatem Zamawiający będzie przywiązywał bardzo dużą wagę do rzetelnego wykonania powyższych czynności.

Reasumując należy ocenić, że w praktycznie każdej lokalizacji cena za wykonanie usługi sprzątnięcia budynku jest skalkulowana nieprawidłowo i nie uwzględnia kosztów nawet na minimalnym poziomie, wynikającym z kosztów pracy osób zatrudnionych do realizacji zadań - nie mówiąc już o środkach i materiałach czyszczących. Podobnie cena usługi czyszczenia rynien jest rażąco zaniżona w stosunku do jej realnych, rynkowych kosztów

Podkreślenia wymaga również fakt, iż Zamawiający udzielając zamówienia publicznego, a więc *de facto* dysponując środkami publicznymi i działając w celu zaspokojenia potrzeb ludności, zobligowany jest mieć pewność, że wybrany Wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, a złożona przez niego oferta jest ofertą realistyczną, gwarantującą świadczenie usługi zgodnie ze standardem wskazanym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Niedopuszczalnym jest w ocenie Odwołującego, nie tylko z uwagi na treść i znaczenie podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych, wyrażonych w art. 7 ustawy, ale również z uwagi na cel, któremu służyć ma prawidłowe procedowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zaniechanie przez Zamawiającego, jakiegokolwiek czynności wskazanej w ustawie Prawo zamówień publicznych, służącej wyborowi oferty najkorzystniejszej.

Ponadto, Odwołujący stwierdza, iż zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153. poz. 1503, ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zaoferowanie przez ww. Wykonawcę ceny za realizację zamówienia, w ocenie Odwołującego rażąco niskiej, stanowi *de facto* sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, co wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podkreśla, iż przedstawione stanowisko potwierdza opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. "Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1. poz. 240). W opinii tej UOKiK napisał m.in.: "Na wstępie należy wskazać, że nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 uznk. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnieniem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji". Oferowanie towarów lub usług poniżej ceny ich wytworzenia (cena dumpingowa, do której kwalifikowana jest również cena rażąco niska) jest działaniem mającym na celu utrudnianie dostępu do rynku, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i tym samym wypełnia przesłanki, o których mowa zarówno w przywołanej powyżej ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jak również stanowi przesłankę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

III.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 8 ust. 1-3 ustawy prawo zamówień publicznych w związku z art. 90 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych. Wybrany Wykonawca zastrzegł w niniejszym postępowaniu jako tajemnicę przedsiębiorstwa treść wyjaśnień z dnia 14 kwietnia 2016r. dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Odwołujący podnosi, że wskazane działanie wybranego Wykonawcy jest bezprawne, gdyż w ww. wyjaśnieniach nie zostały wykazane okoliczności uzasadniające utajnienie oraz dlatego, że informacje zawarte w ww. dokumencie nie stanowią i nie są kwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje również, że znamiona bezprawności nosi także zachowanie Zamawiającego polegające na zaniechaniu

odtajnienia informacji nieposiadających cechy poufności, zastrzeżonych przez wybranego Wykonawcę.

Odwołujący zaznacza, że zaniechanie odtajnienia przez Zamawiającego zastrzeżenia, stanowi naruszenie podstawowych i fundamentalnych zasad ustawy Prawo zamówień publicznych. Obowiązek przeprowadzenia przywołanej procedury stanowi urzeczywistnienie zasady jawności. Stanowisko Odwołującego znajduje potwierdzenie w ww. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej tj.: „Izba wskazuje, że zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt HI CZP 74/05), zamawiający winien zbadać „skuteczność dokonanego przez oferenta (...) zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.” Obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.”. Zaniechania Zamawiającego we wskazanym zakresie są tym bardziej rażące, że uniemożliwiają pozostałym uczestnikom postępowania, weryfikację zdolności wybranego Wykonawcy tak do udziału w procedurze jak również zdolności do należytego wykonania zamówienia. Odwołujący, podobnie jak KIO w wyroku z dnia 27 grudnia 2012 r. (KIO 2710/12), zauważa, że „zastrzeżenie informacji zawartych w ofertach stało się sposobem na pozbawianie konkurentów możliwości podważenia i zaskarżenia dokumentów i danych zawartych w złożonych ofertach. Zamawiający uchylając się od obowiązku rzetelnego zbadania takiego zastrzeżenia niejednokrotnie bezkrytycznie przyjmuje takie zastrzeżenia, nawet, gdy wykonawca zastrzega wszystkie bądź większość informacji, co prowadzi do złamania podstawowej zasady, jaką jest zasada jawności.”

Odwołujący podkreśla, że zasada jawności w systemie zamówień publicznych jest jedną z podstawowych zasad, które należy uwzględniać w trakcie przygotowywania oraz przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a która może doznać ograniczenie wyłącznie w warunkach art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W procesie udzielania zamówienia zasada jawności przejawia się dwojako: przez upublicznienie chęci udzielenia określonego rodzaju zamówienia oraz w jawności całej dokumentacji w tymże postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zasadę jawności postępowania wyraża art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Postępowanie o zamówienie publiczne jest jawne, dlatego każde naruszenie zasady jawności przyczynia się do wadliwości postępowania i w efekcie może prowadzić do jego unieważnienia.

Ustawa Prawo zamówień publicznych wprowadzając generalną zasadę jawności, również w stosunku do złożonych ofert, czyni jednak zastrzeżenie, iż Zamawiający nie może

ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli Wykonawca składając ofertę, zastrzeże w odniesieniu do tych informacji, że mogą być one ogólnie udostępnione (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp). Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem przez *tajemnicę przedsiębiorstwa* rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki tj.:

- a) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- b) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- c) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (sygn. akt ICKN 304(00, OSNC 200t Nr 4, poz. 59).

Wybrany Wykonawca w toku Postępowania nie wykazał, że dokonane utajnienie w wyniku spełnienia warunków, o których mowa w przywołanym wyroku Sądu Najwyższego jest zasadne i uzasadnione stanem faktycznym i prawnym.

Ocena, czy dowolna informacja zastrzeżona przez wykonawcę stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, podobnie jak wszystkie inne czynności w postępowaniu, jest obowiązkiem Zamawiającego wyrażonym w przepisie art. 8 ust. 1-3 ustawy prawo zamówień publicznych (por. wyrok KIO z dnia 1 sierpnia 2008 r. - sygn. akt: KIO/UZP 745/08; wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2008 r. - sygn. akt: KIO/UZP 595/08). Ponadto, zgodnie z utrwalonym stanowiskiem zarówno orzecznictwa jak i doktryny pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne powinno być interpretowane ściśle.

Zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny uniemożliwia Odwołującemu ocenę prawidłowości kalkulacji ceny oferty wybranego Wykonawcy. [...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

I.

Podając, zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podstawę prawną rozstrzygnięcia zarzutów odwołania dotyczących niezgodności oferty wybranej z SIWZ, Izba wskazuje, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Natomiast według tego przepisu, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Okoliczność braku wypełnienia w tabeli załącznika nr 3 - Zestawienie kosztów zadania, wartości usługi dla czynności utrzymania terenu utwardzonego i odśnieżania dla lokalizacji przy ul. Na Ostatnim Groszu 54-56, a także wymaganie powyższego postanowieniami SIWZ, jest pomiędzy stronami bezsporna.

Spór pomiędzy stronami sprowadza się w tym przypadku do prawidłowości zastosowania przez Zamawiającego dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i poprawienia powyższej niezgodności treści oferty z SIWZ przez wpisanie w pozycji niewypełnionej, kwoty 9,98 zł.

Izba potwierdza prawidłowość powyższej czynności zamawiającego. Pominięcie wyceny wskazanej pozycji było ewidentną omyłką Wykonawcy, a jej poprawienie nie stanowiło istotnej zmiany treści oferty. Omyłka i jej poprawienie sprowadzało się w tym przypadku do tego, że niewielka zakresowo i wartościowa część usług objętych ofertą, nie została w niej wyceniona, a po dokonanej poprawce wyceniona już jest.

Przy czym bez znaczenia dla powyższej oceny pozostaje okoliczność kwalifikacji charakteru wynagrodzenia przewidywanego w przedmiotowej umowie w sprawie zamówienia. Zarówno w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego ustalanego na podstawie obmiaru za faktycznie wykonane usługi, jak też stałego ryczałtu za określony zakres/okres usług bez obliczania rzeczywistego wykonanego zakresu usług, zmiana tego typu zostałaby uznana za nieistotną na tle całości oferty. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że wynagrodzenie w świetle postanowień § 8 wzoru umowy, pomimo retorycznych pozorów obmiaru w odniesieniu

do całości usług, jest w rzeczywistości sumę kwot ryczałtowych przewidzianych za świadczenie usług we wskazanych jednostkach czasowych (miesięczne ryczałty za poszczególne usługi).

Ponadto poprawka ta nie spowodowała zmiany globalnej ceny ofertowej, a dane do jej przeprowadzenia wynikały z różnicy pomiędzy sumą kosztów wpisanych w kolumnie nr 4 Zestawienia kosztów zadania – Zał. nr 3 do oferty Konsorcjum DGP, a kosztem łącznym podanym w wierszu „Razem”.

II.

Podając podstawę prawną rozstrzygnięcia zarzutów odwołania dotyczących ceny rażąco niskiej, w pierwszej kolejności należy wskazać, iż według art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Natomiast zgodnie z kolejnymi jednostkami redakcyjnymi art. 90 ustawy:

1. Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:
 - 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
 - 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.
3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Ponadto zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a Pzp dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską – ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

- 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;
- 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

Powyższe zasady dowodzenia nakładają na zamawiającego lub wykonawcę, którego oferty odwołanie dotyczy, generalny obowiązek wykazywania okoliczności, które przesądzają o prawidłowości/realności wyceny jego oferty lub jej rynkowym charakterze.

W ocenie Izby okoliczności powoływane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie wraz z załączanymi do niej dowodami, związane z kosztami przedmiotowych usług, które Zamawiający ponosi obecnie, wystarczają do przesądzenia, że cena oferowana obecnie (która jest wyższa) jest ceną realną i nie ma charakteru rażąco niskiej. Tym samym obowiązek wykazania, że oferta wybrana nie zawiera rażąco niskiej ceny należy uznać za dopełniony.

Ponadto założenia, co do wielkości sprzętanych powierzchni oraz ilości obsługujących je pracowników, na których Odwołujący oparł swoje zarzuty, nie zostały w żaden sposób wykazane w odniesieniu do wymagań SIWZ czy specyfiki zakładanych usług. Natomiast wybrany Wykonawca przedstawił w swoich wyjaśnieniach z dnia 14 i 22 kwietnia 2016 r. składanych Zamawiającemu, własne założenia, co do metodologii sprzętania (w tym personelu). W świetle przeprowadzonego postępowania dowodowego Izba nie znajduje żadnych podstaw, aby wyjaśnienia te zakwestionować lub uznać za niewiarygodne.

III.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a według art. 8 ust. 2 zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

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

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

Informacje, których udostępnienia domaga się Odwołujący, podane w wyjaśnieniach Konsorcjum DGP z 14 kwietnia 2016 r., dotyczące ceny ofertowej stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ww. przepisów, a Wykonawca zastrzegł i wykazał powyższą okoliczność w swoim piśmie.

Wskazane wyjaśnienia zawierają informacje na temat metod wyceny danego zakresu zamówienia oraz własnej metodologii wykonywania usług przyjętej przez Wykonawcę, i jako takie stanowią informacje organizacyjne przedsiębiorstwa posiadające dlań znaczenie gospodarcze, które na dodatek nie są powszechnie udostępniane.

Pozostałe zarzuty odwołania są wtórne w stosunku do zarzutów omówionych powyżej.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).