

Sygn. akt: KIO 1173/18

WYROK
z dnia 27 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Artur Szmigiel

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu **27 czerwca 2018 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **13 czerwca 2018 r.** przez wykonawcę **AG-COMPLEX Sp. z o.o., ul. Płytowa 14, 03-046 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **M. st. Warszawa Dzielnica Praga-Południe, ul. Grochowska 274, 03-841 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Oskarbud A. S., ul. Kordeckiego 11, 05-230 Kobyłka** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu:

- a) zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Oskarbud A. S. mimo, że złożona przez w/w Wykonawcę oferta zawiera rażąco niską cenę, a w złożonych wyjaśnieniach w/w Wykonawca nie potwierdził, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,**
 - b) wyboru oferty Oskarbud A. S., która zawiera rażąco niską cenę,**
 - c) naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu,**
 - d) częściowo - zaniechania odtajnienia części wyjaśnień Oskarbud A. S. w zakresie rażąco niskiej ceny,**
- i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 08.06.2018 r., nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny**

ofert, w ramach której nakazuje odrzucenie oferty Przystępującego Oskarbud A. S. na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, z uwagi na potwierdzenie się zarzutów wskazanych powyżej.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. kosztami postępowania obciąża M. st. Warszawa Dzielnica Praga-Południe, ul. Grochowska 274, 03-841 Warszawa i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez AG-COMPLEX Sp. z o.o., ul. Płytowa 14, 03-046 Warszawa tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od M. st. Warszawa Dzielnica Praga-Południe, ul. Grochowska 274, 03-841 Warszawa na rzecz AG-COMPLEX Sp. z o.o., ul. Płytowa 14, 03-046 Warszawa kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto 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 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn: „*Bieżąca kontrola, konserwacja i naprawy wyposażenia placów zabaw będących w utrzymaniu Dzielnicy Praga-Południe m. st. Warszawy, zlokalizowanych na terenie Dzielnicy Praga-Południe w Warszawie w latach 2018-2020*”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 527183 - N - 2018, data zamieszczenia 06.03.2018 r., przez M. st. Warszawy Dzielnica Praga-Południe, ul. Grochowska 274, 03-841 Warszawa zwane dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 08.06.2018 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Oskarbud A. S., ul. Kordeckiego 11, 05-230 Kobylka zwany dalej: „Oskarbud A. S.” albo „Przystępującym”, co nastąpiło po uprzednim wezwaniu tego Wykonawcy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nakazanym wyrokiem KIO z 26.04.2018 r., sygn. akt: KIO 707/18. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert dla zajęła oferta - AG-Complex sp. z o.o., ul. Płytowa 14, 04-046 Warszawa zwana dalej: „AG-Complex sp. z o.o.” albo „Odwołujący”.

W dniu 13.06.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) AG-Complex sp. z o.o., wniosła odwołanie na w/w czynności z 08.06.2018 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 13.06.2018 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Oskarbud A. S. mimo, że złożona przez w/w Wykonawcę oferta zawiera rażąco niską cenę, a w złożonych wyjaśnieniach w/w Wykonawca nie potwierdził, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

2) art. 91 ust. 1 Pzp w z w. z art. 7 ust. 3 Pzp poprzez wybór oferty Oskarbud A. S., która zawiera rażąco niską cenę,

3) art. 91 ust. 1 Pzp w zw. art. 8 ust 3 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia części wyjaśnień Oskarbud A. S. w zakresie rażąco niskiej ceny mimo, że w/w Wykonawca podczas rozprawy przed KIO dniu 26.04.2018 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 707/18 przedstawiał dowody próbując wykazać niezasadność zarzutu rażąco niskiej ceny w stosunku do złożonej oferty, przy czym w/w dowody podczas rozprawy nie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i zostały ujawnione uczestnikom tego postępowania, w tym Odwołującemu. Zaniechanie przez Zamawiającego ujawnienia wyjaśnień opartych na ułożonych dowodach w chwili obecnej bezpośrednio wpłynęło na proces wyboru najkorzystniejszej oferty

w

postępowaniu, bowiem uniemożliwiło Odwołującemu wykazanie nieprawidłowości w kalkulacji ceny oferty Oskarbud A. S.,

4) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

Wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) odtajnienia w całości wyjaśnień Oskarbud A. S. w zakresie odnoszącym się do rażąco niskiej ceny,

2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności badania i oceny ofert,

3) powtórzenia czynności badania oferty złożonej przez Oskarbud A. S.,

4) odrzucenia oferty Oskarbud A. S. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp z uwagi na fakt, że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę,

5) dokonania czynności oceny ważnej oferty zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ na podstawie art. 91 ust. 1 Pzp,

6) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp.

Uzasadniając odwołanie Odwołujący wskazał, że Zamawiający w Części IV pkt 22 ppkt 1 SIWZ Zamawiający określił kryteria oceny ofert, jakimi będzie się kierować dokonując czynności wyboru najkorzystniejszej oferty:

Cena brutto - ryczałtowe miesięczne wynagrodzenie brutto - 55%

Stawka roboczogodziny brutto (stawka roboczogodziny netto powiększona o narzuty kosztów pośrednich i zysku, bez podatku) - 5%

Czas reakcji - 20%

Liczba pracowników bezpośrednio wykonujących przedmiot zamówienia, określony w § 1 ust. 3 pkt 1, 3, 4, 9 i 10 - 20%

Natomiast w Części I pkt 9 ppkt 3 SIWZ Zamawiający wskazał, że podane przez Wykonawcę wynagrodzenie miesięczne ma charakter ryczałtowy, obejmuje koszty robocizny, materiałów i sprzętu oraz wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia. Wykonawca składając ofertę i przedstawiając cenę brutto za wykonanie usługi będącej przedmiotem zamówienia powinien skalkulować wszystkie koszty związane z realizacją zadania. Do upływu terminu składania ofert w postępowaniu zostały złożone następujące oferty:

1) Oskarbud A. S. z ceną brutto 2 656,80 zł, stawką robocizny - 31,25 zł, czasem reakcji 15 minut oraz liczbą pracowników – 5.

2) AG-Complex Sp. z o.o. z ceną brutto 10 000,00 zł, stawką robocizny - 18,17 zł, czasem reakcji - 15 minut oraz liczbą pracowników – 5.

Na realizację zamówienia Zamawiający przeznaczył kwotę 300.000,00 zł.

W dniu 05.04.2018 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę Oskarbud A. S. .

Nr oferty	Wykonawca	Cena brutto	Stawka robocizny	Czas reakcji	Liczba pracowników	Suma pkt
1	Oskarbud A. S.	55 pkt	2,90 pkt	20 pkt	20 pkt	97,90 pkt
2	AG-Complex Sp. z o.o.	14,61 pkt	5 pkt	20 pkt	20 pkt	59,61 pkt

Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 10.04.2018 r. W dniu 16.04.2018 r. Odwołujący wniósł odwołanie od czynności wyboru oferty Oskarbud A. S. wskazując na naruszenie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, art. 90 ust. 1 oraz art 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp. Na rozprawie w dniu 26.04.2018 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 707/18 KIO uwzględniła odwołanie, nakazując Zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności badania i oceny ofert, powtórzenia czynności wyboru oferty, poprzedzone wezwaniem Oskarbud A. S. do złożenia wyjaśnień w trybie art 90 ust. 1a pkt 1 Pzp. KIO w uzasadnieniu wyroku, podniosła m.in., że cena oferty Wykonawcy Oskarbud A. S. była niższa o 58,02% od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert - zatem spełniona została przesłanka do przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego w przedmiocie prawidłowości zaoferowanej przez w/w ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp (czynności obowiązkowe Zamawiającego). Izba wskazała również, że Zamawiający nie wykazał, że w prowadzonym postępowaniu zaszły przesłanki uniemożliwiające mu odstąpienie od przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego (za taką okoliczność nie można uznać faktu, że cena wynagrodzenia miesięcznego jest o 41% wyższa od miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego za usługi realizowane przez Oskarbud A. S. w latach poprzednich, jak i nie można uznać faktu, że zdaniem Zamawiającego, cena wynagrodzenia miesięcznego zaoferowana przez Odwołującego jest znacznie zawyżona). W konsekwencji Izba stwierdziła, że Zamawiający winien był zastosować procedurę przewidzianą w art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, celem wyjaśnienia, czy zaoferowana przez Oskarbud A. S. cena nie jest rażąco niska.

Dodatkowo wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z akt postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 707/18 na okoliczność składanych w toku rozprawy przez strony dokumentów i dowodów oraz zajętych stanowisk co do realizacji przez Oskarbud A. S. niniejszego zamówienia oraz zatrudnienia do realizacji zamówienia określonej liczby osób.

Odwołujący w wykonaniu wyroku z dnia 27.04.2018 r., w dniu 11.06.2018 r. wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie załączników do protokołu postępowania w zakresie: pisma Zamawiającego - wezwania do złożenia wyjaśnień skierowanego do Wykonawcy

Oskarbud A. S. oraz wyjaśnień udzielonych przez w/w Wykonawcę. Tego samego dnia (11.06.2018 r.) Zamawiający udostępnił Odwołującemu wnioskowane dokumenty. Stosownie do art. 7 ust 2 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie Wykonawców.

Odnosnie zarzutu 1. W wezwaniu Oskarbud A. S. do złożenia wyjaśnień z dnia 25.05.2018 r. Zamawiający zwrócił się z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę. Zamawiający zwrócił się również o złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności m.in. w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, kosztów pracy, których wartość została przyjęta do ustalenia ceny oferty. Zamawiający wymagał, aby wyjaśnienia wskazywały, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz stopień, w jakim cena została obniżona dzięki wskazanym czynnikom, a odpowiedź nie może być lakoniczna i powierzchowna, powinna natomiast zostać udzielona tak, aby można ją było potraktować jako wyczerpującą i rozwiewającą wątpliwości. Wykonawca Oskarbud A. S. udzielając wyjaśnień w zakresie ceny oferty:

1) odwołał się do bogatego doświadczenia w zakresie realizacji zamówień o podobnym charakterze, jak i realizacji na rzecz Zamawiającego zamówienia tożsamego do przedmiotowego zamówienia (do dnia 15.12.2017 r.) przedstawiając referencje dot. trzech zamówień, wskazując jednocześnie, że doświadczenie umożliwia zaoferowanie usługi o najwyższym standardzie przy jednoczesnym zastosowaniu możliwych oszczędności przy kalkulowaniu ceny ofertowej, przy czym w żaden sposób nie wskazał jakie rodzaju są to oszczędności, jak zostały one ujęte w kalkulacji w jaki sposób miały one wpływ na ostateczną cenę oferty,

2) odwołał się do specyfiki tego zamówienia (z uwagi na jego realizację w latach ubiegłych) wskazując:

a) wypracowany efektywny model przemieszczania pracowników pomiędzy obiektami, lecz nie wskazał na czym ów model miałby polegać,

b) znajomość obiektów i ich wyposażenia przez pracowników - co skutkuje szybkością i sprawnością wykonywanych codziennych regularnych kontroli, podnosząc jednocześnie, że przy realizacji zamówienia będą brały udział osoby, które już realizowały dotychczasowe zamówienie oraz właściciel firmy, lecz nie wskazał w jaki sposób konkretnie przyczynia się to do ograniczenia kosztów przy realizacji zamówienia,

c) znajomość średniego czasu, jaki należy poświęcić na kontrolę poszczególnych obiektów, lecz nie wskazał jaki to jest czas,

d) znajomość średniej częstotliwości drobnych napraw, o których mowa w pkt 1.4 OPZ, lecz nie wskazał jaka to jest częstotliwość,

e) wiedzę, jakie elementy placów zabaw najczęściej podlegają degradacji. Pozostała część wyjaśnień (str. od 3 do 7) została utajniona przez Wykonawcę, w tym kalkulacja składników cenotwórczych (zał. 7 do złożonych wyjaśnień) a utajnienie to zostało podtrzymane przez Zamawiającego (Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu złożonych wyjaśnień wraz z załącznikami w całości). Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzo: *Jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie 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, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:*

1) *oszczędności metodę 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 niższą od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu na pracę (Dz. U, z 2017 r. po z 847);*

2) *pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.*

3) *wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;*

4) *wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;*

5) *powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.*

Zgodnie z wyrokiem KIO 2712/12 - celem wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jest umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowanie poprawności dokonanej przez Wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Dotychczasowe orzecznictwo KIO, jak i sądów powszechnych wypracowało cechy, jakie powinny posiadać składane wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny:

- powinny być wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze (wyrok KIO 716/13)
- winny szczegółowo przedstawiać sposób kalkulacji ceny (wyrok SO w Częstochowie VI Ca 464/05)
- winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również poparte stosownymi dowodami (wyrok KIO 1049/14)

- powinny wskazywać, jakie czynniki spowodowały możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona (wyrok KIO 109/12, KIO 125/12)

Uwzględniając zasady logicznego rozumowania, jak i orzecznictwo KIO oraz sądów powszechnych - przyjąć należy, że z rażąco niską ceną mamy do czynienia wówczas, gdy:

- cena jest niższa niż koszt wykonania zamówienia;
- zysk upatrywany jest w źródłach nie związanych bezpośrednio z wykonywanym zamówieniem;
- cena nie zaistniałaby na wolnym rynku;
- cena została wyliczona z pominięciem ryzyk związanych z wykonywaniem zamówienia;
- cena wskazuje na obniżenie kosztów wykonania zamówienia przez niespełnienie wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wymogów prawa czy zasad sztuki zawodowej;
- wyroku KIO 3012/13 - Dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę;
- KIO 1287/14 - Za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w IC z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). W wyroku z dnia 28 marca 2013 r. KIO przyjęła, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne (sygn. akt KIO 592/13). (...) Wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile takowe w ogóle są podane), ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia;
- KIO 741/16 - Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno- organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających;

- KIO 32/14 - Na gruncie przepisów art. 89 i 90 p.z.p. niedopuszczalne jest oferowanie cen za wykonanie usługi poniżej kosztów jej świadczenia (tym właśnie jest rażąco niska cena oferty), również z powołaniem, że straty zostaną pokryte z innej działalności lub innego majątku firmy (wciąż jest to zaoferowanie usługi poniżej kosztów jej świadczenia);

Niewątpliwie, zgodzić się należy z orzeczeniem w sprawie o sygn. akt KIO 392/17 KIO 394/17, w którym Izba podkreśliła, że: Jeżeli chodzi o wykazanie istnienia wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy dotyczących doświadczenia, organizacji i logistyki przedsięwzięcia należy przyznać racji Odwołującemu. że informacje te wata charakter nazbyt ogólny. aby mogły wpływać na obniżenie ceny oferty. (...).Według zapatrywania Izby celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 ustawy Pzp, jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawców cena jest nierealna, niewiarygodna i nie zapewni prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Odwołujący, z uwagi na fakt, że znaczna część wyjaśnień została utajniona nie może odnieść się merytorycznie do elementów cenotwórczych uwzględnionych w szczegółowej kalkulacji ceny, przedstawia poniżej niezbędne elementy cenotwórcze, wynikające wprost z OPZ oraz wzoru umowy, z uwzględnieniem informacji udzielonej przez Wykonawcę Oskarbud A. S. - wskazującej, że baza w/w Wykonawcy jest położona w Warszawie, przy ul. Stalowej 28.

Stosownie do treści Opisu przedmiotu zamówienia (zał. nr 10 do SIWZ pkt 1 ppkt 3 Wymagań dotyczących kontroli oraz konserwacji i napraw wyposażenia placów zabaw i obiektów małej architektury) w cenie miesięcznej ryczałtowej należało uwzględnić:

- 1) codzienne kontrole 14 placów zabaw (kontrola rutynowa, w trakcie której sprawdza się ogólny stan urządzeń, umożliwia ujawnienie oczywistych zagrożeń mogących być wynikiem zużycia, wandalizmu lub warunków atmosferycznych),
- 2) kontrole funkcjonalne wykonywane z częstotliwością wskazaną w instrukcji producenta, lecz nie rzadziej niż 1 raz na 3 miesiące (kontrola szczegółowa polegająca na sprawdzaniu funkcjonalności i stabilności sprzętu, głównie jego zużycia),
- 3) drobne naprawy ogrodzeń, urządzeń zabawowych, nawierzchni sztucznych o powierzchni uszkodzenia do 2 m² i obiektów małej architektury wraz z zakupem materiałów potrzebnych do tych napraw w tym m.in.:
 - skracanie i wygładzanie gwintów śrub,
 - przybijanie desek w piaskownicach i w urządzeniach mających w swojej konstrukcji elementy drewniane,
 - naprawa zamków furtkach i bramach,
 - demontaż elementów stwarzających zagrożenie,
 - uzupełnienie zaślepek plastikowych w słupkach ogrodzeniowych, śrub, nakrętek i podkładek,

- konserwacja i zabezpieczanie nóg huśtawek, podestów i innych elementów urządzeń,
- zabezpieczanie rantów i powierzchni płaskich siedzisk piaskownic,
- wygładzanie ostrych krawędzi metalowych,
- zasłanianie (zasypywanie) odsłoniętych fundamentów urządzeń,
- usuwanie z urządzeń zabawowych i obiektów małej architektury graffiti i napisów, poprzez ich czyszczenie lub zamalowywanie,
- mycie urządzeń zabawowych i obiektów małej architektury,
- usuwanie z urządzeń zabawowych i obiektów małej architektury zlegającego na nich piasku, żwiru i zanieczyszczeń,
- smarowanie elementów urządzeń zabawowych i obiektów małej architektury, bram i furtek,
- regulacja naciągu lin;

4) zabezpieczenia i wyłączenia z eksploatacji celem utrzymania placów zabaw w stanie zdatnym do użytku (eksploatacji):

- zabezpieczenia ogrodzeń, urządzeń zabawowych, obiektów małej architektury, nawierzchni sztucznych przed ewentualnymi dodatkowymi uszkodzeniami, mogącymi powstać w następstwie wyeksploatowania lub zaistniałej dewastacji,
- niezwłoczne i trwałe wyłączenie z eksploatacji zdewastowanych lub wyeksploatowanych ogrodzeń, urządzeń zabawowych, obiektów małej architektury, stwarzających zagrożenie dla ich użytkowników, do czasu dokonania naprawy lub wymiany przez Wykonawcę,

Ponadto, wykonywanie usług objętych przedmiotem zamówienia ma nastąpić przy pomocy pracowników zatrudnionych na umowę o pracę - Wykonawca Oskarbud A. S. zaoferował realizację przedmiotu umowy zatrudniając do tego celu 5 pracowników w pełnym wymiarze czasu pracy, którzy winni być dedykowani do realizacji tego zamówienia, zgodnie z zapisami zawartymi w SIWZ zarówno w kryterium oceny ofert, jak i wzorze umowy.

Przedkładając powyższe na cenę miesięczną oferty zaproponowaną przez Wykonawcę Oskarbud A. S. należy wskazać, co następuje.

Przedmiot zamówienia obejmuje codzienną kontrolę 14 placów zabaw. Przyjąć do wyceny zatem należy pokonanie trasy 68,9 km dziennie na dotarcie do wszystkich placów zabaw licząc od bazy Wykonawcy Oskarbud A. S. położonej w Warszawie, przy ul. Stalowej 28 - miesięcznie: =30 dni x 68,9 km = 2067 km.

Zakładając, że jeden z zatrudnionych pracowników jest osobą nadzorującą, a codzienna kontrola każdego z 14 placów zabaw zajmie co najmniej 30 min, na jednego pracownika przypada zatem kontrola co najmniej 3,5 placów zabaw. Uwzględniając powyższe, każdy z 4 pracowników musi poświęcić 1,75 rbg na wykonanie codziennej kontroli.

Dowód:

Tabela nr 1 - Wyliczenie nakładów czasowych na wykonanie usługi

1	Ilość placów zabaw	14
2	Ilość placów do przeglądu przez 4 osoby	3,50
3	Średni czas poświęcony na przegląd 1 placu przez 1 osobę (wraz z dojazdem)	30 min.
4	Całkowity czas na 1 osobę dziennie	1,75 rbg

Odnosząc powyższe na cenę zaoferowaną przez Wykonawcę Oskarbud A. S. w wysokości 2 656,80 zł cena netto miesięczna wynosi: 2 160,00 zł. w w/w cenie należy uwzględnić:

1) koszt miesięczny pracy 5 pracowników w wysokości: 4 861,77 zł zgodnie z poniższym zestawieniem:

Dowód:

Tabela nr 2 – Koszt miesięczny pracy 5 pracowników

L.p.	Pracownicy / Zakres	Ilość	Podstawa brutto (1 miesiąc)	Wartość ubruttowiona	Wartość całkowita	Rzeczywisty czas pracy	Wartość końcowa miesięczna
1	Pracownik fizyczny	4	2 100,00 zł	2 535,54 zł	10142,16 zł	1,75 rbg/dzień 1 pracownik przez 30 dni (52,50 rbg miesięcznie) - 52,50/168=0,31 etatu	3 458,48 zł
2	Wynagrodzenie urlopowe dla tych 4 osób (1/12 pensji)	4	175,00 zł	211,30 zł	845,18 zł	1,75 rbg/dzień 1 pracownik przez 30 dni (52,50 rbg miesięcznie) - 52,50/168=0,31 etatu	288,21 zł
3	Pracownik - nadzór	1	2 500,00 zł	3 018,50 zł	3 018,50 zł	1,75 rbg/dzień 1 pracownik przez 30 dni (52,50 rbg miesięcznie) - 52,50/168=0,31 etatu	1029,31 zł
4	Wynagrodzenie urlopowe dla nadzoru (1/12 pensji)	1	208,33 zł	251,54 zł	251,54 zł	1,75 rbg/dzień 1 pracownik przez 30 dni (52,50 rbg miesięcznie) - 52,50/168=0,31 etatu	85,78 zł

suma: 4 861,77 zł

2) koszt miesięczny paliwa na dojazdy w wysokości: 1278,90 zł zgodnie z poniższym zestawieniem:

Dowód:

Tabela nr 3 - Koszt miesięczny paliwa na dojazdy do placów zabaw

dzienna ilość przejechanych km a) BAZY ul. Stalowa 28 na teren Dzielnicy Praga Południe i z powrotem - 5,3 + 4,1 km ; b) jednokrotny objazd wszystkich placów - 59,50 km (5,3+ 59,50 + 4,1 = 68,9 km)	ilość km 1 m-ąc	norma spalania 100 km	cena paliwa	wartość
miesięczny koszt paliwa	2067,0	12	4,10 zł	1 016,96 zł

Mając powyższe na uwadze, uwzględnienie jedynie kosztów zatrudnienia pracowników oraz kosztów dojazdów do placów zabaw w okresie miesięcznym ponad

dwukrotnie przekracza wysokość netto ceny miesięcznej zaoferowanej przez Wykonawcę Oskarbud A. S.:

1) cena netto Wykonawcę Oskarbud A. S.: 2 160.00 zł 21 koszty zatrudnienia i dojazdów łącznie: 5 878*73 zł różnica: 3 718.73 zł

Jednocześnie wskazać należy, iż zgodnie ze wzorem umowy Zamawiający wymagał od wykonawców:

1) ujęcia w cenie ryczałtowej miesięcznej kosztów materiałów i sprzętu niezbędnych do obsługi placów i obiektów małej architektury (§9 ust 3 zał. nr 9 do SIWZ)

2) posiadania ubezpieczenia OC kontraktowej (§8 zał. nr 9 do SIWZ)

3) wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 3% wartości umowy (§12 zał. nr 9 do SIWZ).

Ponadto, biorąc pod uwagę przedmiot umowy, zgodnie z przepisami prawa pracy Wykonawca ma obowiązek wyposażenia pracowników w narzędzia i materiały, a także w odzież i obuwie robocze oraz w środki ochrony indywidualnej i higieny osobistej (art. 1041 §1 KP).

Cena miesięczna zaoferowana przez Wykonawcę Oskarbud A. S. nie dość, że nie uwzględnia podstawowych kosztów pracy i kosztów dojazdów (samego paliwa) to nie da się w niej „zmieścić” pozostałych kosztów wynikających wprost z umowy i przepisów prawa powszechnie obowiązującego.

Przyjmując minimalne wymogi wynikające z OPZ oraz wzoru umowy, w miesięcznej cenie ryczałtowej należy również uwzględnić:

1) koszty materiałów i sprzętu - co najmniej 550 zł netto miesięcznie na wszystkie place zabaw,

2) koszty ubezpieczenia w okresie realizacji umowy - co najmniej 70 zł netto miesięcznie,

3) koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy - co najmniej 80 zł netto miesięcznie (zakładając, że zabezpieczenie zostanie wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej),

4) koszty utylizacji zużytych / wymienionych elementów placów zabaw — co najmniej 60 zł netto miesięcznie,

5) koszty ubezpieczenia pojazdów - co najmniej 25 zł netto miesięcznie

6) koszty przeglądów i napraw pojazdów - co najmniej 45 zł netto miesięcznie

Uwzględniając powyższe, w cenie miesięcznej oferty Wykonawcy Oskarbud A. S. dodatkowo nie uwzględniono kosztów w wysokości co najmniej 830 zł netto.

Ponadto wskazać należy, że w chwili obecnej Wykonawca Oskarbud A. S. wykonuje dla Zamawiającego tożsame zamówienie. Wykonanie dla Zamawiającego tożsamego zamówienia pozostawia wiele do życzenia w zakresie jego należytej realizacji. Odwołujący przedstawia w załączeniu do odwołania dokumentację fotograficzną sporządzoną na następujących placach zabaw;

- 1) Skwer ul. Mikołajczyka/Okulickiego
- 1) Park "Nad Balatonem"
- 2) Skwer ul. Ateńska
- 3) Skwer ul. Arabska
- 4) Skwer ul. Olszynka Grochowska
- 5) Park Polińskiego
- 6) Skwer Nizinna
- 7) Skwer Prochowa
- 8) Park Znicza
- 9) Park "Leśnika"
- 10) Skwer 1831 r.
- 11) Kamionkowskie Błonia Elekcyjne
- 12) Park im. Obwodu Praga AK

Dokumentacja fotograficzna zawiera zdjęcia wraz z opisem przykładowych nieprawidłowości w toku realizacji aktualnie obowiązującej umowy obejmującej tożsamy przedmiot zamówienia zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą Oskarbud A. S. . Uwzględniając fakt, że Zamawiający akceptuje nienależytą realizację przedmiotu tożsamego zamówienia przez Wykonawcę Oskarbud A. S. - Wykonawca ten przyjął rażąco niską cenę miesięczną wykonania usług z uwagi na dotychczasową współpracę i niestosowanie kar umownych przez Zamawiającego. Wracając do w/w elementów, wynikających wprost z OPZ i wzoru umowy, a mających bezpośredni wpływ na cenę oferty, podkreślenia wymaga, że Odwołujący tożsame argumenty podnosił podczas rozprawy przed KIO w dniu 26.04.2018 r. (sygn. akt: KIO 707/18). Wówczas Wykonawca Oskarbud A. S. podnosił, że:

1) Odwołujący do porównania przyjął znaczną ilość kilometrów do przejechania podczas codziennej kontroli placów zabaw, co wynikało z przyjęcia nieprawidłowej kolejności kontroli poszczególnych obiektów

- w tym miejscu należy wskazać, iż Wykonawca Oskarbud A. S. ani w toku rozprawy w dniu 26.04.2018 r. a w złożonych wyjaśnieniach z dnia 30.05.2018 r. (ujawnionej ich części) nie przedstawił kolejności codziennej kontroli obiektów, co umożliwiłoby porównanie wyliczeń. Zwrócić należy uwagę, że na moment rozprawy w sprawie sygn. akt: KIO 707/18 Odwołujący nie miał wiedzy na temat bazy Wykonawcy położonej przy ul. Stalowej 28 (nie wskazano miejscowości, jednakże Odwołujący przyjmuje, że baza ta położona jest w Warszawie pod w/w adresem) — uwzględniając powyższe, Odwołujący w wyliczeniach obwodu trasy codziennej kontroli placów zabaw przyjął, że wyjazd pracowników Wykonawcy będzie następować z bazy w Warszawie przy ul. Stalowej 28. Powyższe, poza tym, że zmieniło ilość zakładanych kilometrów z 101 na 68 — nie skutkuje znacznym zmniejszeniem elementu cenotwórczego w postaci transportu pracowników - koszt tego

transportu wynosi 868 zł, co stanowi 40% ceny netto wynagrodzenia miesięcznego (cena netto: 2160 zł) przyjętego przez Wykonawcę Oskarbud A. S.,

2) Odwołujący do porównania przyjął nieprawidłową liczbę osób - 5, ponieważ zatrudniona będzie jedna osoba, a Zamawiający nie wymagał, aby wszystkie osoby wskazane w formularzu ofertowym były zatrudnione na pełen etat na podstawie umowy o pracę

- w tym miejscu należy wskazać, że Zamawiający w pkt 13 SIWZ wymagał zatrudnienia do realizacji zamówienia co najmniej 1 osoby na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy, osoby świadczącej pracę związaną z realizacją zamówienia w zakresie wskazanym w § 1 ust. 3 pkt 1, 3, 4, 9 i 10 wzoru umowy (z wyłączeniem kadry kierowniczej oraz pracowników administracji). Następnie w pkt 22 ppkt 1 lit d SIWZ Zamawiający jako jedno z kryteriów oceny ofert przyjął „Liczba pracowników bezpośrednio wykonujących przedmiot zamówienia, określony w § 1 ust. 3 pkt 1, 3, 4, 9 i 10 wzoru umowy” dając temu kryterium wagę 20%. Zamawiający, zgodnie z treścią ppkt 2 wskazał, że w w/w kryterium punkty zostaną przyznane w następujący sposób:

- 1 pracownik - 0 punktów
- 2 pracowników - 5 punktów
- 3 pracowników - 10 punktów
- 4 pracowników — 15 punktów
- 5 pracowników i więcej — 20 punktów

Zgodnie z zasadami logicznego rozumowania, Zamawiający postanowił nie punktować wymaganego w pkt 13 SIWZ zatrudnienia na podstawie umowy o pracę jednego pracownika, a punktuje dopiero od 2 zaoferowanych przez potencjalnego wykonawcę — przy czym każdy z nich ma być zatrudniony na podstawie umowy o pracę.

Gdyby jednak Wykonawca Oskarbud A. S. planował przyjąć inaczej, winien wziąć pod uwagę treść wzoru umowy (zał. 9 do SIWZ). Stosownie do zał. 9 do SIWZ (wzór umowy) w § 6 ust. 1 Zamawiający ustalił następujące zobowiązanie Wykonawcy:

Wykonawca przez cały okres wykonywania przedmiotu umowy zobowiązany jest zatrudniać na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2016 r., poz 1666 z późn. zm.), w pełnym przeliczeniowym wymiarze czasu pracy, osoby świadczące pracę związaną z realizacją zamówienia w zakresie wskazanym w § 1 ust. 3 pkt 1, 3, 4, 9 i 10, spełniające wymogi określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w liczbie osoby. Zgodnie z ofertą Wykonawcy.

Powyższe postanowienie umowne jednoznacznie wskazuje, że liczba osób wskazana przez Wykonawcę w formularzu ofertowym (liczba, która jest punktowana w ramach kryterium oceny ofert) jest liczbą, która zostanie „przepisana” do § 6 ust. 1 wzoru umowy — zatem liczba 5 osób wskazana w formularzu ofertowym, za którą to Wykonawca Oskarbud A.

S. otrzymał 20 pkt jest liczbą osób, którą zobowiązał się do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę i dodatkowo w pełnym przeliczeniowym wymiarze czasu pracy.

Zatem uzasadnione są przedstawione przez Odwołującego powyższej koszty zatrudnienia 5 osób. Koszty zatrudnienia, wynikające WPROST z oferty Wykonawcy Oskarbud A. S. wynoszą 4 861,77 zł co dwukrotnie przewyższa cenę tj. wynagrodzenie miesięczne zaoferowane przez w/w Wykonawcę w kwocie 2 160 zł. Nie jest tym samym możliwe przyjęcie innej niż w/w koszty zatrudnienia wskazane przez Odwołującego, bowiem przyjęcie mniejszych kosztów byłoby wprost sprzeczne z treścią oferty Wykonawcy Oskarbud A. S., treścią kryterium oceny ofert, jak i treścią postanowień wzoru umowy.

3) Odwołujący skupił się na wyliczeniu potencjalnego miesięcznego wynagrodzenia pomijając fakt, że potencjalnemu wykonawcy będą zlecane dodatkowe prace - tym samym Wykonawca Oskarbud A. S. w wynagrodzeniu miesięcznym uwzględnił zatrudnienie jedynie jednego pracownika na podstawie umowy o pracę natomiast zatrudnienie pozostałych 4 pracowników w/w Wykonawca uwzględnił w stawce roboczogodziny brutto

> wskazać, że Zamawiający w §1 ust. 5 zał. 9 do SIWZ (wzór umowy) określił wprost zakres OPZ, który należało wycenić w „stawce roboczogodziny brutto”:

„Coroczne kontrole, malowanie urządzeń zabawowych, naprawy i wymiany wymienione w ust. 3 pkt 2, 7 i 8, naprawy nawierzchni sztucznych, o których mowa w ust. 3 pkt 3, oraz wykonanie prac konserwacyjnych nawierzchni bezpiecznych placów zabaw oraz konserwacji nawierzchni poliuretanowej z natryskiem strukturalnym boiska wielofunkcyjnej) znajdującej się w Parku OPAK, o których mowa w ust. 3 pkt 6, będą realizowane przez Wykonawcę w ramach odrębnych zleceń do umowy. Podstawą przystąpienia do wystawienia plecenia będzie protokół oględzin placu zabaw lub protokół powstania szkody, stanowiące kolejno załączniki nr 5 i 6 do niniejszej umowy.”

Zakres przedmiotu zamówienia, o którym mowa w §1 ust. 5 wzoru umowy nie jest nawet zbieżny z zakresem przedmiotu zamówienia, do którego każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu miał zatrudnić pracowników na podstawie umowy o pracę na pełen etat.

Postanowienie §6 ust. 1 wzoru umowy: *„Wykonawca przez cały okres wykonywania przedmiotu umowy zobowiązany jest zatrudniać na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2016 r., poz. 1666 z późn. zm.) w pełnym przeliczeniowym wymiarze czasu pracy, osoby świadczące pracę związaną z realizacją zamówienia w zakresie wskazanym w § 1ust. 3 pkt 1, 3, 4, 9 i 10, spełniające wymogi określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w liczbie osoby, zgodnie z ofertą Wykonawcy.”*

Pracownicy do realizacji umowy na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy w ilości 5 osób mają być zatrudnieni do realizacji czynności określonych w § 1

ust. 3 pkt 1, 3, 4, 9 i 10 wzoru umowy. Czynności wskazane w § 1 ust. 3 pkt 2, 5, 7 i 8 - które będą zlecane na podstawie odrębnych zleceń - nie wchodzą w stały i pewny zakres przedmiotu zamówienia, zatem koszty zatrudnienia 4 osób, wyszczególnionych w formularzu ofertowym, za które to Wykonawca otrzymał najwyższą w ostatnim kryterium oceny ofert punktację, nie mogą być uwzględnione w „stawce roboczogodziny brutto” ponieważ Wykonawca miał OBOWIĄZEK uwzględnić te koszty w „cenie brutto ryczałtowego wynagrodzenia miesięcznego”. Zatem jakiegokolwiek próby „wliczenia” kosztów zatrudnienia 4 osób na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy do „stawki roboczogodziny brutto” są niezgodne z OPZ oraz przyjętym przez Zamawiającego sposobem wynagrodzenia.

Nadmienić ponadto należy, że podczas rozprawy przed KIO w dniu 26.04.2018 r. (sygn. akt: KIO 707/18) Wykonawca Oskarbud A. S. podnosił, że koszty zatrudnienia 4 osób wliczył w „stawkę roboczogodziny brutto” ponieważ zna „specyfikę” zamówienia oraz „skalę” dodatkowych zleceń — powyższa znajomość pozwoliła mu przyjąć właśnie takiej stawki. Powyższe twierdzenia w/w Wykonawcy popierał sam Zamawiający przedstawiając jako dowód przed KIO „skalę” tych dodatkowych zleceń. Przypomnieć w tym miejscu należy, że stawka roboczogodziny brutto w ofertach obu Wykonawców kształtuje się następująco:

Nr oferty	Wykonawca	Stawka robocizny
1	Oskarbud A. S.	31,25 zł
2	AG-Complex Sp. z o.o.	18,17 zł

Przypomniał również, że Zamawiający w OPZ nie wskazał jakiegokolwiek ilości godzin, na podstawie której potencjalny Wykonawca mógłby przyjąć możliwość zlecenia dodatkowych prac. Z treści OPZ, jak i wzoru umowy wynika, że prace dodatkowe, niewchodzące w zakres miesięcznego wynagrodzenia, mogą ale nie muszą być przez Zamawiającego zlecane. To, że Wykonawca Oskarbud A. S. miał zlecane prace dodatkowe w ramach poprzednio obowiązującej umowy o tożsamym przedmiocie nie świadczy w żadnym wypadku nawet o możliwości zlecenia przez Zamawiającego prac dodatkowych w takiej samej ilości. Aby ogółem miesięczne wynagrodzenie Wykonawcy Oskarbud A. S. (tj. suma wynagrodzenia za prace określone w § 1 ust. 3 pkt 1, 3, 4, 9 i 10 wzoru umowy oraz suma wynagrodzenia za czynności wskazane w § 1 ust. 3 pkt 2, 5, 7 i 8) pozwalała na pokrycie jedynie miesięcznych kosztów zatrudnienia wszystkich 5 osób, Zamawiający musiałby zlecić każdego miesiąca (dodatkowo) ponad 146 roboczogodzin:

Dowód:

Tabela nr 4 - Koszt miesięczny zatrudnienia 5 pracowników:

koszt zatrudnienia 5 pracowników	4 861,77 zł
stawka miesięczna ryczałtowa netto Wykonawcy Oskarbud A. S.	2 160,00 zł

różnica:	3 718,73 zł
stawka netto roboczogodziny prac dodatkowych Wykonawcy Oskarbud A. S.	25,41 zł
ilość roboczogodzin niezbędna do zlecenia prac dodatkowych celem pokrycia miesięcznych kosztów zatrudnienia wszystkich 5 pracowników	$3\ 718,73\ \text{zł} / 25,41\ \text{zł} = 146\ \text{rbg}$

Raz jeszcze należy podkreślić, że nie jest możliwe „przewidzenie” skali zleceń na prace dodatkowe, gdyż sam Zamawiający nie podał nawet szacunkowej ilości roboczogodzin.

Jeżeli Zamawiający przyjmuje za prawidłowe, że Wykonawca Oskarbud A. S., zgodnie z OPZ i wzorem umowy, mógł przyjąć do wyceny wynagrodzenia ponad 146 rbg prac dodatkowych każdego miesiąca obowiązywania umowy to stwierdzić należy, że pomiędzy Zamawiającym a w/w Wykonawcą, doszło do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję w przedmiotowym postępowaniu. Potwierdza to przede wszystkim fakt, że w ramach kryteriów oceny ofert podlegała jedynie „cena brutto ryczałtowego wynagrodzenia miesięcznego” - którą to Wykonawca Oskarbud A. S. zaniżył celem uzyskania w tym kryterium maksymalnej ilości punktów, natomiast koszty zatrudnienia pracowników wymaganych do realizacji prac, zgodnie z OPZ i wzorem umowy, w ramach „ryczałtowego wynagrodzenia miesięcznego” w/w Wykonawca, za pozwoleniem Zamawiającego, uwzględnił w „stawce roboczogodziny brutto”, która nie podlegała ocenie w żadnym z kryteriów oceny ofert. „Zezwolenie”, które udzielił Zamawiający Wykonawcy Oskarbud A. S. nie wynika z OPZ ani wzoru umowy - wręcz jest nimi jawnie sprzeczne.

Niewątpliwie zaoferowanie znacznie niższej ceny od cen innych ofert może być efektem świadomego działania wykonawcy albo nierzetelnej kalkulacji ceny, co w obu przypadkach zagraża nienależytem wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia. Przypisy ustawy Pzp nakładają na zamawiających obowiązek przystrzygania przy udzielaniu zamówień publicznych zasady zachowania uczciwej konkurencji, a istotnym naruszeniem tej zasady są działania wykonawców polegające na składaniu ofert zawierających rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu Zamówienia (tak w wyroku o sygn. akt KIO 1056 i 1059/2014).

Zgodnie z wyrokiem w sprawie o sygn. akt KIO 1049/2014: *„Ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie cena odbiegająca od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, ceną rażąco niską jest więc cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest cena rynkowa, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na*

którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających... etc. Definicja tego typu została wypracowana w orzecznictwie i nie występują w tym zakresie kontrowersji.

Natomiast zgodnie z wyrokiem w sprawie o sygn. akt KIO 302/15: „Co do zasady, informacje winny potwierdzać poprawność ustalenia cen za cały przedmiot zamówienia, nie zaś cen poszczególnych elementów składających się na przedmiot zamówienia, ponieważ każdorazowo należy brać pod uwagę charakter zamówienia, w tym przewidziany sposób obliczenia jego ceny.”

Zamawiający ma wiedzę na temat charakteru zamówienia oraz sposobu obliczenia jego ceny - podziału wynagrodzenia na dwie niezależne od siebie stawki - zatem świadome przyjmowanie nierealnych, pozbawionych zdrowego rozsądku/Niemożliwych do urzeczywistnienia wyjaśnień Wykonawcy Oskarbud A. S. (wliczających koszt zatrudnienia 5 osób w stawce roboczogodziny za prace dodatkowe, których to Zamawiający zlecić nie musi) wpływa na zaniżenie wartości ekonomicznych poszczególnych elementów (głównie kosztów zatrudnienia) mających wpływ na oferowaną cenę tj. stawkę miesięczną ryczałtową, podlegającą ocenie w kryterium oceny ofert i będącą podstawą wyboru oferty Wykonawcy Oskarbud A. S., co jest rażącym naruszeniem art. 90 ust. 3 Pzp.

Uwzględniając powyższe, zarzut jest w pełni uzasadniony mając na uwadze wymagania Zamawiającego co do realizacji przedmiotu zamówienia uwzględnione w OPZ jak i we wzorze umowy. Już sam Zamawiający mógł dokonać podstawowych obliczeń w zakresie kosztów zatrudnienia pracowników jak i kosztów dojazdów do placów zabaw co potwierdziłoby bezsprzecznie rażąco niską miesięczną cenę realizacji usług. Zamawiający oceniając ofertę Wykonawcy Oskarbud A. S. nie uwzględnił żadnych swoich wymagań. Akceptacja jakiegokolwiek ceny przez Zamawiającego jest co najmniej nierozsądna.

Odnosnie zarzutu 2. Przywołał postanowienia art. 91 ust 1 Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 7 ust 3 PZP: Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie przepisami ustawy. Powoła się na wyrok KIO 669/16, wyrok KIO 2430/17 oraz wyrok KIO 2045/17. Uwzględniając powyższe, jak stwierdził, zarzut jest w pełni uzasadniony - w przedmiotowym postępowaniu do etapu oceny ofert Zamawiający dopuścił udział oferty Wykonawcy Oskarbud A. S., którego złożone wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zatem oferta ta podlega odrzuceniu - mamy w tym przypadku do czynienia z naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych.

Odnosnie zarzutu 3 - Zamawiający udostępnił Odwołującemu „uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa” złożoną przez Wykonawcę Oskarbud A. S. . W uzasadnieniu zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawca Oskarbud A. S. wskazał, że zastrzeżeniu podlega:

- 1) koncepcja wykonania zamówienia,
- 2) szczegółowa kalkulacja ceny oferty,
- 3) przykładowa umowa o pracę osoby skierowanej do realizacji zamówienia,
- 4) dane dotyczące dostawców, cen i rabatów,
- 5) opis sprzyjających warunków wykonywania zamówienia.

W tym miejscu należy podnieść, że podczas rozprawy przez KIO w dniu 26.04.2018 r. (sygn. akt; KIO 707/181 Wykonawca Oskarbud A. S. przedstawiał Izbie własne wyliczenia ceny ofertowej NIE DOKONUJĄC UTAJNIENIA ŻADNYCH DOWÓDÓW złożonych w toku rozprawy.

Z uwagi na fakt, że sprawa zawisła przed KIO w dniu 26.04.2018 r. (sygn. akt: KIO 707/18) jest tożsamą sprawą, w jakiej Odwołujący wnosi odwołanie, nie sposób uznać, że Wykonawca Oskarbud A. S. na poczet wyjaśnień po wydaniu wyroku przez Izbę przygotował inną kalkulację cen niż przedstawiona na rozprawie w dniu 26.04.2018 r. Nie sposób również przyjąć, że Wykonawca „odnalazł” nowe elementy mające wpływ na zaoferowaną przez niego cenę. Mamy do czynienia z tym samym przedmiotem zamówienia — nie logiczne byłoby uznanie, że na potrzeby tego jednego konkretnego zamówienia, Wykonawca Oskarbud A. S. inne argumenty na odparcie zarzutu rażąco niskiej ceny przyjmuje w toku rozprawy, a inne w toku udzielanych wyjaśnień, do których formalnie został wezwany. Co prawda, zarzut odwołania (sygn. akt: KIO 707/18) dotyczył zaniechania wezwania Wykonawcy Oskarbud A. S. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, to niemniej jednak w toku rozprawy zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący - Wykonawca Oskarbud A. S. byli mocno zaangażowani w odparciu zarzutów w zakresie rażąco niskiej ceny, co skutkowało tym, że Wykonawca Oskarbud A. S. przedstawiał dowody na poparcie swoich argumentów.

Przypomniał, że jedną z podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności (art. 8 ust. 1 PZP). Jej ograniczenie może być uzasadnione jedynie ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 11 ust. 4 w/w ustawy tajemnicą przedsiębiorstwa są: nie ujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, handlowe lub organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W związku ze wskazaniem w ustawie iż są to

informacje nie ujawnione do wiadomości publicznej, nie można za tajemnicę uznać informacji powszechnie znanej, do której dostęp ma szeroki krąg osób.

Skoro Wykonawca Oskarbud A. S. podczas rozprawy w dniu 26.04.2018 r. (sygn. akt: KIO 707/18) przedstawiał dowody stanowiące niejako uzasadnienie przyjęcie zaoferowanej ceny dla przedmiotowego zamówienia, nie sposób uznać, że raptem miesiąc po rozprawie te same dane, przedstawione w formie pisemnej w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, podlegają zastrzeżeniu i stanowią tym razem tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podkreślił również, że Wykonawca Oskarbud A. S. argumentując uzasadnienie zastrzeżenia poszczególnych elementów wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wskazał m.in. że nie ujawniał do wiadomości publicznej szczegółowej kalkulacji ceny. Powyższe twierdzenie zdaje się przeczyć temu, co Wykonawca przedstawił przed KIO w dniu 26.04.2018 r. (sygn. akt: KIO 707/18).

Dla uwiarygodnienia podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji, Wykonawca Oskarbud A. S. przedstawił bodajże pierwszą stronę dokumentu zatytułowanego „Polityka bezpieczeństwa informacji niejawnych”, Podkreślenia wymaga, że brak jest informacji w jaki sposób „Polityka” została wprowadzona - brak zarządzenia wprowadzającego „politykę”. Z treści tego dokumentu wynika, że zasady te wprowadzone zostały z dniem 07.05.2018 r. a zatem po rozprawie przed KIO w dniu 26.04.2018 r., sygn.. akt: KIO 707/18. Ponadto, z treści dokumentu wynika, że obejmuje nieujawnione przez Wykonawcę do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne i inne posiadające wartość gospodarczą – zatem nie uwzględnia informacji i dowodów przedstawionych przez w/w Wykonawcę podczas rozprawy w dniu w dniu 26.04.2018 r. (sygn. akt: KIO 707/18) w zakresie zarzutów rażąco niskiej ceny - dokumenty te oraz wyjaśnienia ustnie składane przez Wykonawcę Oskarbud A. S. nie korzystają z żadnej ochrony.

Uwzględniając powyższe, dokonane przez Wykonawcę Oskarbud A. S. uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na którą składają się elementy uzasadniające przyjęcie ceny miesięcznej na poziomie 2.160 zł netto jest całkowicie nieskuteczne. Wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę Oskarbud A. S. w dniu 30.05.2018 r. winny być w całości odtajnione z uwagi na fakt, że dowody w zakresie uzasadniającym zaoferowanie ceny na tym poziomie były przez w/w Wykonawcę przedstawiane przed KIO w dniu 26.04.2018 r. (sygn. akt: KIO 707/18) - zatem raz ujawnione informacje nie mogą w żadnym wypadku zasługiwać na ochronę, w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Uwzględniając powyższe, zarzut jest w pełni uzasadniony - w przedmiotowym postępowaniu do etapu oceny ofert Zamawiający dopuścił udział oferty Wykonawcy Oskarbud A. S., którego złożone wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny zostały utajnione pomimo faktu, że zostały ujawnione podczas

rozprawy przed KIO w dniu 26.04.2018 r. (sygn. akt: KIO 707/18) co bezpośrednio wpłynęło na proces wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu bowiem uniemożliwiło Odwołującemu wykazanie nieprawidłowości w kalkulacji ceny oferty Wykonawcy Oskarbud A. S. - mamy w tym przypadku do czynienia z naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych.

Odnosnie zarzutu 4 - podkreślił, iż Zamawiający zobowiązany jest do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu Pzp, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania a jego działanie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad PZP oraz interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Zamawiający poprzez wybór oferty Wykonawcy Oskarbud A. S., bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co bezpośrednio przekłada się na postanowienia wzoru umowy - naruszył podstawowe zasady PZP, w szczególności w zakresie równego traktowania wykonawców. Z tych wszystkich względów biorąc pod uwagę przedstawione zarzuty powyżej należy wskazać, iż odwołanie jest zasadne, bowiem ochrona praw Odwołującego w postępowaniu realizowana za pomocą środków ochrony prawnej winna zapewnić udział w postępowaniu w warunkach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Argumenty przedstawione na uzasadnienie zarzutów wskazują, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia powyższych zasad.

Zamawiający w dniu 14.06.2018 r. (e-mailem) wraz kopia odwołania, w trybie art. 185 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej: „Pzp”, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 18.06.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Oskarbud A. S., zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 26.06.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddała w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu. Podkreślił, iż zgodnie z wyrokiem z 27.04.2018 r. KIO, sygn. akt. 707/18, Zamawiający unieważnił w dniu 18.05.2018 r. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 05.04.2018 r., czynność badania i oceny ofert oraz powtórzył czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, poprzedzony wezwaniem Wykonawcy Oskarbud A. S. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a pkt Pzp. W dniu 25.05.2018 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę Oskarbud A. S. do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp. Wykonawca Oskarbud A. S. w dn. 30.05.2018 r. złożył wyjaśnienia w zakresie

okoliczności mających wpływ na wysokość ceny oferty. Zamawiający w oparciu o posiadaną dokumentację, wyjaśnienia Wykonawcy i przedstawione przez niego dokumenty, ocenił w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia, że cena oferty Wykonawcy Oskarbud A. S. nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Komisja przetargowa w dniu 07.06.2018 r. przyjęła jednogłośnie wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę. W związku z powyższym, Zamawiający uznał, że Wykonawcy Oskarbud A. S. udowodnił w złożonych wyjaśnieniach, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W związku z przyjęciem w/w wyjaśnień przez Zamawiającego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 08.06.2018 r. po uprzednim wezwaniu Oskarbud A. S. do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty oraz po ocenie tych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dokumentami, w których w ocenie Zamawiającego wykazał brak rażąco niskiej ceny w ofercie.

W związku z powyższym Zamawiający nie dokonał naruszenia Pzp we wskazanym przez Odwołującego zakresie, ponieważ cena oferty Wykonawcy Oskarbud A. S. nie zawiera rażąco niskiej ceny. Oferta została wybrana jako najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ oraz zgodnie z literą przepisu zawartego w art. 7 ust. 3 Pzp. Część wyjaśnień Oskarbud A. S. dotyczących ceny oferty (od strony 3 - od punktu II wyjaśnień do strony 7 wraz z załącznikami nr 3-7) zostało zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa na podstawie art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2018 r., poz. 419). Wykonawca wraz z wyjaśnieniami przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający na podstawie w/w uzasadnienia oraz przedstawionych informacji objętych zastrzeżeniem zakazu udostępniania postanowił o nieujawnianiu tych danych. Ponadto Zamawiający miał wątpliwości, czy udostępnienie informacji, które objęte były zastrzeżeniem zakazu udostępniania, tj. m.in. przykładowa umowa o pracę osoby skierowanej do realizacji zamówienia oraz dane dot. dostawców, cen i rabatów, nie będzie naruszało Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE. Wskazanie przez Odwołującego, że dowody przedstawione przez Wykonawcę Oskarbud A. S. objęte w wyjaśnieniach zastrzeżeniem tajemnicą przedsiębiorstwa były ujawnione uczestnikom postępowania odwoławczego nie jest zasadne. Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu informacji objętych przez Wykonawcę Oskarbud A. S. zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, wobec czego nie można stwierdzić, że dowody ujawnione podczas postępowania odwoławczego pokrywają się z dowodami przedstawionymi w wyjaśnieniu dot. ceny oferty Oskarbud A. S. Zamawiający nie ma możliwości ustalenia, czy informacje przedstawione podczas posiedzenia KIO przez

Przystępującego są tożsame z informacjami zawartymi w wyjaśnieniach w części zastrzeżonej, gdyż w wyroku z 27.04.2018 r. KIO, sygn. akt. 707/18, brak jest jakichkolwiek informacji przekazanych podczas posiedzenia przez Przystępującego. Zamawiający uznał, że Wykonawca Oskarbud A. S. wykazał okoliczności, z których wynika, że przekazane informacje są tajemnicą przedsiębiorstwa. Do oceny Zamawiającego należy stwierdzenie, czy zastrzeżone informacje stanowią mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z powyższym Zamawiający uznał, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa są wystarczające i potwierdzające spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wobec powyższego Zamawiający nie zaniechał odtajnienia części wyjaśnień Wykonawcy Oskarbud A. S. w zakresie rażąco niskiej ceny. W odniesieniu do zarzutu Odwołującego, Zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób całkowicie zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz ze szczególnym uwzględnieniem zasady proporcjonalności i przejrzystości.

W odniesieniu do wskazania, iż Odwołujący posiada interes prawny, Zamawiający stoi na odmiennym stanowisku, tj. braku po stronie Odwołującego posiada interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, gdyż nie jest możliwe rozstrzygnięcie postępowania w interesie i na korzyść Odwołującego, a co za tym idzie Odwołujący nie poniesie uszczerbku majątkowego lub niemajątkowego jakiego dozna poszkodowany wykonawca w wyniku określonego działania lub zaniechania Zamawiającego, gdyż oferta Odwołującego znacznie przekracza środki finansowe zabezpieczone przez Zamawiającego. Zamawiający w kalkulacji w sprawie ustalenia wartości zamówienia ustalił na podstawie poniesionych dotychczas wydatków i nakładów, iż ryczałt będzie stanowił nie więcej niż 20% wartości zamówienia, tj. około 18 tys. zł, natomiast prace naprawcze w ramach dodatkowych zleceń do umowy będą stanowiły pozostałą wartość zamówienia, tj. około 80.000,00 zł rocznie. Środki zabezpieczone przez Zamawiającego na realizację zamówienia w okresie trzech lat wynoszą 300.000,00 zł brutto, co daje kwotę 100.000,00 zł brutto rocznie, uwzględniając ryczałt oraz dodatkowe naprawy. Z uwagi na fakt, że urządzenia na placach zabaw ulegają coraz większemu zużyciu, wartość dodatkowych napraw stanowi rok rocznie coraz większy udział w wartości zamówienia. Cena oferty Odwołującego przy założeniach zawartych we wzorze umowy, która stanowi, iż wykonanie przedmiotu umowy odbywa się przez osiem miesięcy w roku, wynosi 80.000,00 zł za sam ryczałt rocznie. W takim przypadku Zamawiający nie posiada już środków na niezbędne do wykonania prac naprawczych w ramach dodatkowych zleceń. Co więcej po zsumowaniu rocznych kosztów ryczałtu zaoferowanych przez Odwołującego w okresie trzyletniej realizacji umowy, kwota, która pozostaje do dyspozycji Zamawiającego nie wystarczy na jeden rok prac naprawczych w ramach dodatkowych zleceń.

Podkreślił, że Zamawiający nie ma możliwości zwiększenia kwoty zabezpieczonych środków za wyjątkiem sytuacji przewidzianej we wzorze umowy, tj. w przypadku, gdy pojawi się zmiana zakresu wykonywanych prac wynikających ze zmiany liczby obiektów/placów zabaw będących w utrzymaniu Dzielnicy Praga-Południe. Na marginesie wskazał, orzeczeniu wydanym w sprawie C-689/13 Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd, iż wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej nawet w sytuacji, gdy skutkiem uwzględnienia takiego środka miałyby być unieważnienie postępowania. Trybunał uznał, że wykonawcy mogą się wówczas ubiegać o to zamówienie publiczne w kolejnym postępowaniu, w którym każdy z oferentów mógłby wziąć udział i ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie. Istota tego poglądu sprowadza się do utożsamiania zamówienia publicznego z umową na określony przedmiot przy przyjęciu, że uzyskanie tego zamówienia w tym postępowaniu, którego dotyczy odwołanie, ma charakter wtórny.

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.

W tym kontekście Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że ewentualne unieważnienia postępowania z uwagi na brak środków stanowi zdarzenie przyszłe i niepewne. W tym zakresie Izba wskazuje dodatkowo za wyrokiem KIO z 29.03.2017 r., sygn. akt: KIO 512/17: *„Odnosząc się do stanowiska Przystępującego z jego pisma co do braku interesu w uzyskaniu zamówienia po stronie Odwołującego, z uwagi na brak środków finansowych na wybór oferty Odwołującego, na co wskazywał Przystępujący w swoim piśmie procesowym złożonymi na posiedzeniu, Izba wskazuje na następujące okoliczności. Po pierwsze takie stanowisko, co do braku interesu w uzyskaniu zamówienia, po stronie Odwołującego ma charakter przedwczesny. Nie złożono na rozprawie żadnych dokumentów potwierdzających brak środków, sam protokół postępowania w tym zakresie nie jest niepodważalnym dowodem. Nawet, gdyby taki dokument przedstawiono można by jedynie rozpatrywać go jako wstępną deklarację wymagającą potwierdzenia*

w sytuacji zaistnienia sytuacji, gdy jedyną ważną ofertą w postępowaniu będzie oferta przekraczające środki przeznaczone przez Zamawiającego. Należy zauważyć, że Wykonawca ma prawo domagać się przeprowadzenia czynności oceny złożonych ofert, jak i samego wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami Pzp. Ewentualne unieważnienie postępowania, byłoby natomiast czynnością następczą, po wyborze oferty najkorzystniejszej i podlegałoby kontroli ze strony Wykonawców, w ramach środków ochrony prawnej. Podobnie w wyroku KIO z 18.06.2013 r., sygn. akt: KIO 1338/13, czy też wyroku KIO z 02.04.2014 r., sygn. akt: KIO 568/14. Dodatkowo, działania Przystępującego może w aktualnej sytuacji procesowej rodzić wątpliwości, czy nie jest przejawem taktyki procesowej, tym bardziej że Przystępujący wiedział o terminie rozprawy i mógł uzyskać stosowny dowód od Zamawiającego, po którego stronie przystąpił. W tym bowiem wypadku, należy także wziąć pod uwagę, daleko idące skutki, ewentualnego uznania braku interesu, w tym brak rozpatrzenia merytorycznego zarzutów odwołania. Podobnie w wyroku KIO z 26.05.2015 r., sygn. akt: KIO 983/15. (za wyrokiem KIO z 14.12.2015 r., sygn. akt: KIO 2622/15).”.

Przy czym, zgodnie ze stanowiskiem ETS, Wykonawcy mają także interes w unieważnieniu postępowania. W tym zakresie Izba wskazuje za wyrokiem KIO o sygn. akt: KIO 1251/17: „Izba podziela również pogląd wyrażony w wyroku sprawy rozpoznawanej pod sygn.. akt KIO 1556/16, gdzie akt KIO 1556/16, gdzie: "Izba stwierdziła, że w świetle aktualnej wykładni prounijnej art. 179 ust. 1 ustawy w odniesieniu do art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. L 395, s. 33), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. L 335, s. 31) (zwanej dalej "dyrektywą 89/665") należy uznać, że pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia musi być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale odpowiada definicji zamówienia publicznego z art. 2 pkt. 13 ustawy tj. należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym, a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Tym samym interes w uzyskaniu danego zamówienia trwa co najmniej do czasu zawarcia umowy (co najmniej, gdyż art. 182 ust. 4 ustawy dopuszcza wnoszenie środków ochrony prawnej także po zawarciu umowy), która dotyczy nabywanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia. Jeśli istnieje tożsamość przedmiotu zamówienia, to niezależnie od liczby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, które są prowadzone przez tego samego zamawiającego, dopóki nie zostanie zawarta umowa, to jest to, ubieganie się o to

samo - dane zamówienie publiczne i póty wykonawca ma interes w jego uzyskaniu. Za taką wykładnią powyższego przepisu przemawia wykładnia poczyniona przez TSUE w motywach 27 i 28 wyroku TSUE z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 Puligenica Facility Esco. Popiera ją także motyw 49 opinii Rzecznika Generalnego Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 23 kwietnia 2015 r. w sprawie sygn. akt C 689/13 - odwołanie główne i odwołanie wzajemne tworzą uzasadniony interes w ponownym wszczęciu postępowania przetargowego oraz pkt 33 wyroku Fastweb C-100/12 (EU:C:2013:448), który stanowi że "odwołanie wzajemne wybranego oferenta nie może prowadzić do odrzucenia odwołania oferenta, w sytuacji gdy prawidłowość oferty każdego z podmiotów jest zakwestionowana w ramach tego samego postępowania i na takich samych podstawach", "[w] takiej sytuacji [...] każdy z konkurentów może powołać się na uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych, co może prowadzić instytucję zamawiającą do stwierdzenia niemożności dokonania wyboru prawidłowej oferty".

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 o sygn. akt: KIO 707/18 oraz KIO 1173/18 w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym z treści ogłoszenia o zamówieniu, postanowień SIWZ, zbiorczego zestawienia ofert z 20.03.2018 r., informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 05.04.2018 r., potwierdzenia otrzymania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty przez Odwołującego (wydruk e - mail z dnia 10.04.2018 r.), odwołania AG-Complex Sp, z o.o. z 16.04.2018 r., protokół z posiedzenia i rozprawy KIO 707/18 z 26.04.2018 r., pisma Przystępującego z 26.04.2018 r. złożonego na posiedzeniu w sprawie o sygn. akt: KIO 707/18, wezwania Oskarbud A. S. do złożenia wyjaśnień z dnia 25.05.2018 r., wyjaśnień Oskarbud A. S. z 30.05.2018 r. z załączonymi dowodami (tajemnica przedsiębiorstwa) oraz uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa; informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 08.06.2018 r. oraz e-mail Odwołującego z wnioskiem o udostępnienie dokumentacji postępowania z dnia 11.06.2018 r.

Izba wzięła także pod uwagę i zapoznała się z wyrokiem KIO z 27.04.2018 r., sygn. akt: KIO 707/18.

Nadto, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego odtajnione na posiedzeniu i przekazane Odwołującemu pewne wybiórcze fragmenty wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej (dalsza część str. 3 tych wyjaśnień, ponadto fragmenty wyjaśnień ze str. 5 w ramach jednostki redakcyjnej III z wyłączeniem fragmentu z ppkt. 1. Dodatkowo fragmentów ze str. 6 oraz fragmentów ze str. 7) – w aktach postępowania.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego:

- 1) Zestawienie przygotowane przez Odwołującego – dane wyjściowe w zakresie miesięcznej wartości ryczałtowej – wyliczenie, w tym także wyliczenie nakładów czasowych na wykonanie usługi,
- 2) Mapa - lokalizacje placów zabaw; lokalizacja najbliższego placu zabaw w stosunku do siedziby Oskarbud A. S.,
- 3) Wykaz placów zabaw i odległości.
- 4) Dokumentacja fotograficzna zawierająca zdjęcia wraz z opisem przykładowych nieprawidłowości w toku realizacji aktualnie obowiązującej umowy obejmującej tożsamy przedmiot zamówienia zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą Oskarbud A. S. .

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- 1) mapka złożona do odwołania z lokalizacją 14 placów zabaw wraz raportem GPS z przejazdu samochodem zaznaczonego fragmentu na mapce obejmującym przejazd pomiędzy wszystkimi 14 placów zabaw;
- 2) Zdjęcia 14 placów zabaw objętych zamówieniem, które przedstawiają aktualny stan techniczny (na dzień 17.06.2018 r.).

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Przystępującego:

- 1) mapa przedstawiająca dojazd z bazy Przystępujący do placu zabaw przy ul. Podskarbińskiej,
- 2) mapa przedstawiająca rzeczywisty szlak przejazdu pomiędzy 14 placami zabaw.
- 3) pięć ponumerowanych dowodów złożonych na rozprawie o sygn. akt: KIO 707/18.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie Zamawiającego, jak i pismo procesowe Przystępującego złożone na posiedzeniu, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

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

Odwołujący sformułowała w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Oskarbud A. S. mimo, że złożona przez w/w Wykonawcę oferta zawiera rażąco niską cenę, a w złożonych wyjaśnieniach w/w Wykonawca nie potwierdził, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
- 2) art. 91 ust. 1 Pzp w z w. z art. 7 ust. 3 Pzp poprzez wybór oferty Oskarbud A. S., która zawiera rażąco niską cenę,

3) art. 91 ust. 1 PZP w zw. art. 8 ust 3 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia części wyjaśnień Oskarbud A. S. w zakresie rażąco niskiej ceny mimo, że w/w Wykonawca podczas rozprawy przed KIO dniu 26.04.2018 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 707/18 przedstawiał dowody próbując wykazać niezasadność zarzutu rażąco niskiej ceny w stosunku do złożonej oferty, przy czym w/w dowody podczas rozprawy nie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i zostały ujawnione uczestnikom tego postępowania, w tym Odwołującemu. Zaniechanie przez Zamawiającego ujawnienia wyjaśnień opartych na ułożonych dowodach w chwili obecnej bezpośrednio wpłynęło na proces wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, bowiem uniemożliwiło Odwołującemu wykazanie nieprawidłowości w kalkulacji ceny oferty Oskarbud A. S.,

4) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W zakresie zarzutu pierwszego, drugiego oraz czwartego, Izba uznała w/w zarzuty za zasadne. W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego oraz pisma procesowego Przystępującego. Uznając, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności zaoferowania przez Przystępującego ceny ryczałtowej miesięcznej na określonym poziomie, co było przedmiotem nakazanego wyrokiem o sygn. akt: KIO 707/18 wezwana do wyjaśnień, jak i samych wyjaśnień, jako takich. Sporne było także, czy zasadnie Zamawiający utrzymał tajemnice przedsiębiorstwa w odniesieniu do szczegółowej kalkulacji i innych dowodów załączonych do wyjaśnień, w kontekście uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstw, jakim pierwotnie dysponował oraz dowodów i stanowisk zaprezentowanych na potrzeby odwołania o sygn. akt: KIO 707/18. 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.

Odnośnie zarzutu pierwszego, drugiego i czwartego, Izba uznała niniejsze zarzuty za zasadne, co skutkowało uwzględnieniem całego odwołania.

Izba przeanalizował stanowiska stron i Przystępującego oraz dowody złożone na rozprawie także w zakresie sprawy o sygn. akt: KIO 707/18 i uznała generalnie konieczność uwzględnienia odwołania. Jednocześnie, Izba biorąc pod uwagę treść oferty Przystępującego i złożone przez Przystępującego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z dowodami, uznała co następuje. Z zebranych dowodów, a dokładnie z kalkulacji załączonej do wyjaśnień nie wynikają okoliczności wskazane w samych wyjaśnieniach,

a dokładnie kluczowa kwestia do której Izba odniesie się w dalszej części. Przy czym, Izba za rozstrzygającą uznała kwestie tego rodzaju, że z kalkulacji nie wynika, że Wykonawca ujął w cenie ryczału miesięcznego wszystkich zadeklarowanych pracowników zatrudnionych na umowę o pracę w pełnym wymiarze (zgodnie z klauzulą społeczną z pkt 13 SIWZ).

Przy czym, Izba wzięła pod uwagę, że pracownicy mają być zatrudnieni na pełny etat, ale sama realizacji zamówienia dla Zamawiającego, czyli jej świadczenie będzie uzależnione od uwarunkowań wynikających z przedmiotu zamówienia. Jednakże, jeśli nawet jest tak, że 1 pracownik będzie wykonywał na rzecz Zamawiającego prace codziennie przez określony wymiar czas, a pozostali sporadycznie. To koszt pozostałych 4 pracowników winien być także ujęty w kalkulacji. Ze złożonej kalkulacji to nie wynika. Wręcz przeciwnie, to, że 4 pracowników będzie świadczyć usługi na rzecz tego Zamawiającego sporadycznie, a w pozostałym wymiarze na rzecz innego Zamawiającego, lub przy innej umowie winno być ujęte w kalkulacji. W tym zakresie winny być przedstawione stosowne wartości, za gotowość, tudzież oszczędność wynikającą z równoległego realizowania innej umowy. Jest jednak inaczej kalkulacja w zestawieniu z wyjaśnieniami potwierdza zarzut Odwołującego, że zadeklarowano 5 osób celem lepszej punktacji, a realizować będzie tylko jedna (naturalnie w kontekście wyceny, tj. przedstawionej wyceny miesięcznego ryczału).

Jednocześnie z prostego wyliczenia przedstawionego w zakresie stawki roboczogodziny nie można w żaden sposób – w sposób wiarygodny - wywieść, że ujęto w niej różnego rodzaju koszty wskazywane w wyjaśnieniach dotyczących ceny rażąco niskiej, w tym także koszty np. owych 4 pracowników. Jeżeli nawet uznać hipotetycznie, że z uwagi na proporcje/wielkość stawki tak jest w rzeczywistości (co do różnych kosztów wskazanych w wyjaśnieniach dotyczących ceny rażąco niskiej), to nadal kalkulacji załączona do wyjaśnień wskazuje na 1 pracownika, postanowienia SIWZ wskazywały zaś jednoznacznie - § 6 ust. 1 projektu umowy, że owi zadeklarowani pracownicy mają realizować zadania w zakresie objętym ryczałtem miesięcznym, a nie stawką za roboczogodzinę.

Izba rozumie argumentację Przystępującego i podziela jego stanowisko, co do trasy objazdu i kontroli codziennej 14 placów zabaw, i neguje w tym zakresie dowody Odwołującego. Także koszt paliwa uznaje za realny i wiarygodny oraz wykazany w kontekście złożonych wyjaśnień przez Przystępującego. Nie zmienia to jednak okoliczności, która ma charakter przeszkadzający. Jednocześnie, jeśli Zamawiający nie określił wielkości napraw przypisanych stawce roboczogodziny, to każdorazowo każdy Wykonawca, w tym zakresie dokonywał własnych ustaleń, także Odwołujący dokując wizji lokalnej (jak potwierdził na rozprawie) 14 placów zabaw, nie działa więc w zupełnej nieświadomości i braku wiedzy. Niewątpliwie także znał Odwołujący opis przedmiotu

zamówienia, co wykazał Przystępujący na rozprawie dowodami (m.in. przedkładając piec dowodów z rozprawy o sygn. akt: KIO 707/18).

Jednakże, Izba powtarza, że Przystępujący swoją kalkulacją, nawet nie potwierdził, ale zaprzeczył argumentacji przedstawionej w wyjaśnieniach. Należy także dodatkowo podnieść że wykaz osób w kontekście odwołania i zarzutów, także świadczy za zasadnością argumentacji Odwołującego, gdyż jest tam wyraźne przyporządkowanie do czynności przedmiotowego zamówienia. Przy czym, powyższe ma jedynie charakter uzupełniający względem dowodu który przeważał. Podobnie argumentacja Odwołującego, co do tego, czy ujęto aby koszty zatrudnienia nawet 1 pracownika – koszt rzędu 2535,54 PLN obejmują minimalne wynagrodzenie + koszty pracodawcy, a cena oferty netto – miesięcznego ryczału to 2160 PLN, a brutto 2656, 80 PLN.

Izba nie neguje doświadczenia Przystępującego, ale nie może uznać możliwości zrealizowania zamówienia za zadeklarowaną cenę, w kontekście złożonych oświadczeń na rozprawie i postanowień SIWZ. Rozstrzygające są bowiem wyjaśnienia złożone na wezwanie Zamawiającego w zakresie ceny rażąco niskiej i ich zawartość oraz dowody (a kalkulacja jest dowodem kluczowym i podstawowym jak wynika także z orzecznictwa). Stąd także każdorazowy wymóg ich złożenia przed ewentualnym odrzuceniem oferty. Izba także nie widzi biorąc pod uwagę treść wezwania oraz dołączonej do wyjaśnień kalkulacji jakkolwiek możliwość dopytania, gdyż wiązałoby się to de facto ze zmianą złożonej pierwotnie kalkulacji – samo zaś wezwanie odnosiło się także do dowodów.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu trzeciego, Izba uznała go jedynie częściowo za zasadny.

Po pierwsze, Izba uznała że brak jest możliwości przekazania dowodów załączonych do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, gdyż nie są to dowody tożsame z tymi, które zostały złożone na rozprawie w sprawie o sygn. akt: KIO 707/18. Izba uznała, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa załączone do wyjaśnień wypełnia wszystkie trzy przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa wynikające z art. 11 ust. 4 UZNK. Wykonawca wykazał zasadność dokonanego zastrzeżenia. Dołączył także dowody w zakresie podjęcia w stosunku do nich niezbędnych działań w celu zachowania poufności.

Po drugie, Izba przeanalizowała stanowiska stron przedstawione w sprawie o sygn. akt: KIO 707/18, a w szczególności pismo procesowe złożone przez obecnego Przystępującego, tj. pismo z 26.04.2018 r. i uznała w porównaniu do treści wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, iż istnieje możliwość odtajnienia i przekazania pewnych wybiórczych fragmentów tych wyjaśnień, co też uczyniła na posiedzeniu (dalszej część str. 3 tych wyjaśnień, ponadto fragmentów wyjaśnień ze str. 5 w ramach jednostki redakcyjnej III

z wyłączeniem fragmentu z ppkt. 1 Dodatkowo fragmentów ze str. 6 oraz fragmentów ze str. 7.). 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:

.....