

Sygn. akt: KIO 379/16

**WYROK**  
**z dnia 29 marca 2016 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 marca 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2016 r. przez Odwołującego - **Zakład Sprzątan**  
**ia Wnętrz J.J. MOP 83 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Gronowo Górne przy ul. Szafirowej 7a, 82-310 Gronowo Górne

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Pocztę Polską Spółka Akcyjna**, ul. Rodziny Hiszpańskich 8, 00-940 Warszawa

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Konsalnet Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (Lider)**, ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa, **Klinet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1 Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Zakład Sprzątan

ia Wnętrz J.J. MOP 83 Sp. z o.o. z siedzibą w Gronowo Górne i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Zakład Sprzątan

ia Wnętrz J.J. MOP 83 Sp. z o.o. z siedzibą w Gronowo Górne 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 Warszawie.**

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Poczta Polska S.A., Pion Infrastruktury Wydział Zakupów w Gdańsku w trybie przetargu nieograniczonego na *świadczenie kompleksowych usług w zakresie sprzątnia i utrzymania w czystości obiektów użytkowanych przez jednostki organizacyjne Zamawiającego* (nr sprawy PI-PZGd/201/003/16), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2016/S 016-024741 w dniu 23.01.2016 r., wobec czynności oceny oferty Konsorcjum (Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. i Klinet Sp. z o.o.) i jej wyboru jako najkorzystniejszej dla części 2 przedmiotu zamówienia, zaniechania udostępnienia treści oferty Konsorcjum w części zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, zostało wniesione w dniu 14 marca 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy Zakład Sprzątnia Wnętrz J.J. MOP 83 Sp. z o.o. - sygn. akt KIO 379/16.

Do postępowania odwoławczego przystąpiło w dniu ... marca 2016 r. Konsorcjum: Konsalnet Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Klinet Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako Konsorcjum).

Zamawiający poinformował Konsorcjum w wynikach oceny ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej na część 1 i 2 w dniu 7 marca 2016 mailem.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy, tj.:

1. art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 Ustawy poprzez wadliwe ich zastosowanie lub zaniechanie ich zastosowania poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty na część 2 przedmiotu zamówienia mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że zachodzą przesłanki obligujące do zwrócenia się o takie wyjaśnienia oraz wybór jako najkorzystniejszej dla części 2 przedmiotu zamówienia oferty Konsorcjum;
2. art. 8 ust. 2 Ustawy poprzez ograniczenie dostępu do informacji związanych z częścią 1 i 2 przedmiotu zamówieni, pomimo że z żadnego przepisu rangi ustawowej nie wynika, że te informacje podlegają zakazowi udostępniania, a istnieją przepisy rangi ustawowej nakazujące udostępnienie przedmiotowych informacji;
3. art. 8 ust. 3 Ustawy poprzez zaniechanie ujawnienia informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003, Nr 153, poz. 1503 ze zmianami) i zaniechanie rzetelnego zweryfikowania uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia dotyczące zakazu udostępniania informacji określonych w ofercie Konsorcjum;
- 2) nakazania Zamawiającemu ujawnienia w toku przedmiotowego postępowania informacji, tj. wykazu usług zrealizowanych oraz referencji potwierdzających ich wykonanie;
- 3) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części 2 przedmiotowego zamówienia;
- 4) przeprowadzenie badania i oceny złożonej dla części 2 przedmiotu zamówienia oferty Konsorcjum na podstawie art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 Ustawy;
- 5) wezwanie przez Zamawiającego Konsorcjum do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów dotyczących elementów złożonej oferty dla części 2 przedmiotowego zamówienia mających wpływ na wysokość ceny.

Interes we wniesieniu odwołania wynika z okoliczności, iż oferta Odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą dla części 2 przedmiotu zamówienia w przypadku braku wykazania przez Konsorcjum, że zaoferowana przez nie cena nie jest rażąco niska, a także z potrzeby odtajnienia dokumentów, co pozwoli Odwołującemu poddać kontroli ofertę Konsorcjum na część 1 i 2 przedmiotu zamówienia i może doprowadzić do stwierdzenia nieprawidłowości, których skutkiem mogłoby być uzyskanie przez Odwołującego zamówienia w obu częściach.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał na zakres oferty Konsorcjum udostępnionej przez Zamawiającego na jego wniosek w dniu 04.03.2016 r., w której utajniony został wykaz usług wraz z referencjami, co do których Konsorcjum nie wykazało (nie złożyło dowodów) istnienia podstaw do uznania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego, działanie to miało wyłącznie na celu uniemożliwienie pozostałym wykonawcom dokonania oceny poprawności referencji, za czym dodatkowo może przemawiać okoliczność, że lider Konsorcjum świadczy usługi z branży ochroniarskiej.

W zakresie zarzutu oceny i wyboru oferty Konsorcjum złożonej na część 2 przedmiotu zamówienia Odwołujący wskazał na podstawę do jej odrzucenia, jako zawierającą rażąco niską cenę, co powinno poprzedzać wezwanie Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 Ustawy. Odwołujący wskazał na konieczność uzyskania wyjaśnień co do kalkulacji kosztów środków higieny, sprzętu, kosztów ogólnych oraz dodatkowych, dla przedmiotowego zamówienia wyróżniającego się dużą ilością placówek (295 – dla części 2) o niewielkim obszarze do sprzątnięcia, rozproszonych na terenie województwa Kujawsko-Pomorskiego. Z uwagi na specyfikę tego zamówienia (jego zakres), realną i obiektywnie uzasadnionym było powzięcie podejrzenia przez Zamawiającego co do rzetelności kalkulacji ceny oferty dla części 2 przedmiotu zamówienia i wezwania na

podstawie art. 90 ust. 1 Ustawy Konsorcjum do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami. Wartość szacunkowa zamówienia dla części 2 określona w kwocie brutto ustalona została przez Zamawiającego na kwotę 9.192.493,01 zł., a wysokość ofert złożonych w postępowaniu ukształtowała się na poziomie 6.841.299,47 zł. brutto (oferta Konsorcjum) i 7.376.553,80 zł. (oferta Odwołującego). Odwołujący przedstawił własne wyliczenie minimalnych kosztów opierając się na trzydziestoletnim doświadczeniu, które wskazywać ma, iż nie jest możliwe wykonanie usługi za kwotę 245.695,04 zł. miesięcznie. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum nie uwzględniło kosztów, jakie poniesie przy świadczeniu usługi na małych obiektach 20-50 metrowych, na których koszty osobowe (koszty płacy) są wyższe niż określają to przepisy o minimalnej płacy. Ponadto, Odwołujący podniósł, że sposób w jaki Konsorcjum skalkulowało cenę na część 2 zamówienia uzasadniać ma uznanie takiego działania za czyn nieuczciwej konkurencji, wyrażający się w stosowaniu nierealnych stawek w celu eliminacji innych przedsiębiorców z obrotu w branży. Cena zaproponowana przez Konsorcjum jest nierealistyczna i nie pozwala na zrealizowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, a szczególności na wypracowanie zysku, czy nawet pokrycia kosztów realizacji zamówienia. Jest ona niższa o blisko 30% od wartości zamówienia podanej przez Zamawiającego. Nie ma przy tym znaczenia, iż cena nie jest niższa od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert o 30% ponieważ podstawa do żądania wyjaśnień wskazana w art. 90 ust. 1 Ustawy, jest jedynie przykładowym wskazaniem okoliczności, która powinna uzasadniać wystąpienie przez Zamawiającego o wyjaśnienia do wykonawcy.

### **Stanowisko Izby**

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”.

Izba nie uwzględniła wniosku o częściowe odrzucenie odwołania na posiedzeniu, zgłoszonego w przystąpieniu Konsorcjum, w odniesieniu do zarzutu zaniechania udostępnienia treści dokumentu, mającego zawierać tajemnicę przedsiębiorstwa (wykazu usług i referencji), który miał być spóźnionym. Przede wszystkim przepisy Ustawy nie przewidują częściowego odrzucenia odwołania przez Izbę, a zatem stwierdzenie na posiedzeniu, że w części zarzuty są spóźnione nie powoduje, że odwołanie zostaje odrzucone. Izba zobligowana jest skierować odwołanie do rozpoznania na rozprawie. Dopiero po zamknięciu rozprawy, w wyroku Izba rozpoznając spóźniony zarzut uwzględni

okoliczności faktyczne związane ze skarżoną czynnością Zamawiającego i może uznać, iż zarzut nie podlega rozpoznaniu, a o wyniku rozstrzygnięcia decyduje wówczas zasadność pozostałych, zgłoszonych w terminie zarzutów. Niezależnie od braku formalnej podstawy uwzględnienia wniosku o częściowe odrzucenie odwołania, Izba uznała, iż zarzut zaniechania udostępnienia wykazu usług wraz z referencjami nie był spóźniony. Konsorcjum błędnie wskazywało na rozpoczęcie biegu terminu na odwołanie wobec zaniechania przez Zamawiającego udostępnienia pełnej treści oferty, w dniu otwarcia ofert, tj. 02.03.2016 r. Liczony od tego dnia termin na wniesienie odwołania, faktycznie nie uwzględniałby koniecznego dla Zamawiającego czasu na zapoznanie się z treścią ofert i analizę zasadności utajnienia informacji, których przeprowadzenie jest konieczne przed ewentualnym ich odtajnieniem. Ponadto czynność otwarcia ofert nie jest tą samą czynnością, wobec której formułowany jest zarzut zaniechania udostępnienia/odtajnienia dokumentów. Nie budziło wątpliwości, iż Odwołujący mógł faktycznie zapoznać się z treścią oferty Konsorcjum w dniu, w którym została mu ona udostępniona przez Zamawiającego, co nastąpiło 04.03.2016 r. na wniosek Odwołującego z dnia 03.03.2016 r. Dopiero po zapoznaniu się z udostępnionymi dokumentami Odwołujący powziął wiedzę, że część oferty objęta została tajemnicą przedsiębiorstwa i mógł na tej podstawie ustalić, że Zamawiający uznał za zasadne wyłączenie jawności oferty w tym zakresie. W związku z takim przebiegiem czynności, odwołanie w którym kwestionowane jest uznanie przez Zamawiającego za dopuszczalne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, wniesione w dniu 14.03.2016 r., było wniesione z zachowaniem 10-dniowego terminu ustawowego.

W świetle powyższego, Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania i skierował je do rozpoznania na rozprawę.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. W odwołaniu zarzuty skierowane zostały wobec czynności oceny i wyboru oferty Konsorcjum złożonej na część 2 przedmiotu zamówienia oraz zaniechania udostępnienia wykazu usług wraz z referencjami złożonymi w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dla części 1 i 2 przedmiotu zamówienia. Na obie części zamówienia oferty złożyli Odwołujący i Konsorcjum, a Zamawiający w dniu 7 marca 2016 r. wybrał jako najkorzystniejszą na część 1 i 2 ofertę Konsorcjum. Stwierdzenie naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia na część 1 i 2 wymagało wykazania, że skarżone czynności i zaniechanie Zamawiającego mogły prowadzić do bezpodstawnego wyboru oferty Konsorcjum dla części 1 i 2 przedmiotu zamówienia. Odnosząc się do czynności wyboru oferty Konsorcjum złożonej na część 2,

naruszenie przez Zamawiającego przepisów Ustawy w zakresie związanym z oceną tej oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, mogłoby prowadzić do stwierdzenia (po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego), że wybór tej oferty naruszał art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy, a ofertą najkorzystniejszą byłaby wówczas oferta Odwołującego. W zakresie związanym z naruszeniem zasady jawności oferty Konsorcjum, naruszającym interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia było pozbawienie go możliwości zweryfikowania dokumentów złożonych w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dla każdej z części, o której uzyskanie ubiegał się Odwołujący. Odwołujący dąży do uzyskania dostępu do informacji istotnych z punktu widzenia ustalenia wyniku postępowania, co pozwalałoby mu na ustalenie, czy nie zachodziły podstawy do formułowania innych zarzutów Zamawiającemu. Niewątpliwie w interesie Odwołującego jest zapewnienie transparentności czynności podejmowanych w postępowaniu i związanych z oceną oferty wybranej jako najkorzystniejsza. W świetle powyższego Izba uznała, iż naruszającym interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia było pozbawienie go możliwości weryfikacji dokumentów złożonych w ofercie Konsorcjum, istotnych dla uznania, że jest ono zdolne do wykonania zamówienia oraz uznanie oferty Konsorcjum w części 2 zamówienia za najkorzystniejszą w sytuacji, kiedy zachodziłaby podstawa do konieczności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawne dla merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Przy rozpoznaniu odwołania Izba miała na uwadze całokształt okoliczności ustalonych w sprawie, w zakresie wyznaczonym zarzutami, tj. naruszenia art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 2 i 3 oraz art. 87 ust. 1 i art. 90 ust. 1 Ustawy.

- 1) Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty na część 2 przedmiotu zamówienia mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że zachodzą przesłanki obligujące do zwrócenia się o takie wyjaśnienia oraz wybór jako najkorzystniejszej dla części 2 przedmiotu zamówienia oferty Konsorcjum.

Odwołujący wywodził ww. naruszenie przepisów Ustawy z braku podjęcia przez Zamawiającego wątpliwości dotyczących wysokości ceny, jaką zaproponowało Konsorcjum za wykonanie części 2 przedmiotu zamówienia, a które w świetle podnoszonych

okoliczności, były uzasadnione i powinny prowadzić do wszczęcia postępowania w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy.

**Na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności udokumentowanego przeprowadzonego przez Zamawiającego badania rynku, poprzedzającego ustalenie wartości szacunkowej zamówienia, a także wysokości zaoferowanych w postępowaniu cen oraz wyjaśnień stron złożonych na rozprawie, Izba dokonała ustalenia stanu faktycznego, stanowiącego podstawę dla rozstrzygnięcia o zarzutach.**

Zamawiający oszacował w dniu 19.01.2016 r. wartość zamówienia na łączną kwotę netto 17.453.364,23 zł., w tym dla części I – na kwotę 9.778.399,08 zł. (11.754.052,59 zł. brutto) i na część II 7.674.965,15 zł. (9.192.493,01 zł. brutto), co poprzedzone było analizą rynku prowadzoną w formie zapytani skierowanego do kilkunastu wykonawców o dokonanie wyceny usługi sprzątnia dla urzędów i obiektów pocztowych objętych tym postępowaniem. Zamawiający na podstawie otrzymanych 13 ofert ustalił średnie stawki składowych usługi, które następnie przyjął jako podstawę oszacowania wartości zamówienia oddzielenie dla każdej z dwóch części. Wstępną kalkulację złożył Zamawiającemu między innymi Odwołujący prezentując różne stawki (ON Białystok i ON Gdańsk). Konsorcjum nie uczestniczyło w badaniu rynku, złożyło natomiast ofertę w postępowaniu przetargowym.

Na część 2 przedmiotu zamówienia złożone zostały 2 oferty z cenami znacznie odbiegającymi od szacunku Zamawiającego, odpowiednio - 6.841.299,47 zł. brutto (oferta Konsorcjum) i 7.376.553,80 zł. (oferta Odwołującego). Zamawiający nie prowadził postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy, a na rozprawie wskazywał, iż nie powziął wątpliwości co możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny w którejś z ofert. Ponadto wskazał, iż poza badaniem rynku uwzględnił wysokość stawek, po jakich Odwołujący obecnie realizuje przedmiotową usługę i przedłożył zestawienie wysokości faktur zapłaconych w miesiącu styczniu 2016 r. i lutym 2016 r., po ich waloryzacji z grudnia 2015 r., z których wynika, iż miesięczny koszt świadczenia usługi przez Odwołującego wynosił 248.620,22 zł (netto) w miesiącu styczeń 2016 r. i 248.054,22 zł (netto) w lutym 2016r. Odwołujący zakwestionował wycenę Konsorcjum, z której wynika miesięczny koszt świadczenia usługi w wysokości 245.695,04 zł. netto.

#### **Izba zważyła.**

Odwołanie w tym zakresie jest bezpodstawne.

Zasadniczo argumentacja Odwołującego sprowadzała się do prezentowania własnej kalkulacji stawek, poniżej których wykonanie przedmiotu świadczenia nie byłoby możliwe dla tak dużej ilości małych jednostek i ich rozproszeniu na dużym obszarze. Jednocześnie podkreślał, iż Konsorcjum nie może mieć doświadczenia i wiedzy o przedmiotowym



zamówieniu, koniecznych do prawidłowego ustalenia rzeczywistych kosztów środków i sprzętu, w ilości wystarczającej do świadczenia usługi na każdej z placówek.

Prezentowane argumenty, w ocenie Izby, nie miały żadnego znaczenia dla oceny, czy w ustalonych okolicznościach faktycznych Zamawiający powinien był powziąć wątpliwość co do możliwości zaoferowania rażąco niskiej ceny przez Konsorcjum pomimo, że cena nie jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Kalkulacje Odwołującego miały taki sam walor dowodowy jak wyliczenia Konsorcjum i nie było podstaw do przyjęcia, że te ostatnie nie uwzględniały wszystkich kosztów świadczenia usługi, co ewentualnie mogłoby uzasadniać powzięcie wątpliwości przez Zamawiającego, uzasadniające wszczęcie postępowania wyjaśniającego. Podkreślana przez Odwołującego przewaga doświadczenia zdobytego w trakcie świadczenia przedmiotowej usługi na rzecz Zamawiającego nie była w żaden sposób wykazana, w szczególności Odwołujący nie przedstawił żadnych przekonujących argumentów i dowodów, z których wynikałoby, iż zapisy siwz nie były wystarczające dla innych potencjalnych wykonawców do prawidłowego skalkulowania oferty, a co ewentualnie miało uzasadniać odwołania się do wiedzy Odwołującego. Izba nie miała podstaw do przypisywania szczególnej wagi wiedzy i doświadczeniu Odwołującego, w szczególności przez przyjęcie, że jest ona unikatowa i pozwala wyłącznie temu wykonawcy prawidłowo przygotować ofertę.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Ustawy wystąpienie różnicy ceny do wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert na poziomie 30% stanowi ustawową przesłankę dla powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami za zaoferowaną cenę i przyjęcia, że wydaje się ona być rażąco niską. W niniejszej sprawie cena oferty Konsorcjum na część 2 przedmiotu zamówienia (6.841.299,47 zł.) nie była niższa o 30% ani od wartości zamówienia (9.192.493,01 zł. brutto ) ani od średniej arytmetycznej cen (7.108.926,64 zł). Pozostawało zatem ustalić, czy w sytuacji gdy obie złożone oferty pod względem ceny były na podobnym poziomie, znacząco odbiegającym od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego, zachodziło uzasadnione podejrzenie, że cena oferty Konsorcjum może być rażąco niska.

Mając na uwadze sposób w jaki Zamawiający oszacował wartość zamówienia, a także porównywalny poziom cen obu złożonych w postępowaniu ofert, Izba doszła do wniosku, iż nie zachodziły podstawy do wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Izba uznała, że stawki w oparciu o które Zamawiający oszacował wartość obu części zamówienia, z uwagi na ich uśrednioną wysokość, nie miały rozstrzygającego znaczenia dla ustalenia rynkowego poziomu cen. Do wyliczenia średniej wysokości stawek Zamawiający przyjmował wszystkie zaproponowane w ramach badania rynku, a co istotne, rozbieżność między nimi była znacząca. Przykładowo

dla średniej stawki sprzątania pomieszczeń sanitarnych oraz ciągów komunikacyjnych wyliczonej przez Zamawiającego na kwotę 3,17 zł przyjęte zostały stawki proponowane od kwoty 2,00 zł do 4,50 zł. za m<sup>2</sup>. Podobnie średnia stawka 2,72 zł przyjęta przez Zamawiającego została wyliczona w oparciu o stawki proponowane od kwoty 1,60 zł do 4,53 zł. Powyższe wskazywało, że koncepcja uśrednionej stawki przyjętej do oszacowania wartości zamówienia była obarczona ryzykiem znacznego jej przeszacowania lub niedoszacowania, w przypadku gdyby oferty złożone w postępowaniu mieściły się w dolnej lub górnej granicy proponowanych w badaniu rynku stawek. W przetargu złożone zostały tylko dwie oferty z cenami w dużej części poniżej średniej stawek przyjętych przez Zamawiającego, na które wpływ miały również te najwyższe uzyskane w ramach badania rynku. Ponadto, porównanie wartości zamówienia ustalonej na potrzeby postępowanie przetargowego z wysokością wynagrodzenia, jakie Zamawiający płacił obecnie za wykonanie przedmiotowej usługi w miesiącach styczeń 2016 r. i luty 2016 r. (wyższe o ok. ¼) wskazuje, że rynkowy poziom cen mieści się poniżej wartości zamówienia, stanowiącej fatycznie uśrednioną wartość wszystkich ofert złożonych Zamawiającemu poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. W tych okolicznościach nie budziło zastrzeżeń Izby stanowisko Zamawiającego, iż nie miał on podstaw do powzięcia wątpliwości i podejrzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny przez Konsorcjum, które zaoferowało cenę zbliżoną do drugiej oferty – Odwołującego, a obie jako porównywalne wskazywały na rynkowy poziom ceny za wykonanie usługi.

Tym samym należało uznać, iż wybór oferty najkorzystniejszej dla części 2 przedmiotu zamówienia nie naruszał przepisów Ustawy, w szczególności nie było podstaw do kwestionowania wysokości ceny zaoferowanej przez Konsorcjum, jako rażąco niskiej.

- 2) Zarzut naruszenia art. 8 ust. 2 i 3 Ustawy poprzez zaniechanie ujawnienia dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie Konsorcjum.

Odwołujący zakwestionował prawidłowość decyzji Zamawiającego, który uznał za uzasadnione i skuteczne zastrzeżenie przez Konsorcjum tajemnicy przedsiębiorstwa na informacjach zawartych w wykazie zrealizowanych głównych usług i referencjach, dotyczących obu części zamówienia.

Zamawiający już po wniesieniu odwołania, tj. 18.03.2016 r. przekazał Odwołującemu odtajnione w części dokumenty, z pominięciem informacji identyfikujących podmiot na rzecz którego usługa była realizowana, daty wykonania oraz wielkości powierzchni sprzątanej.

Odwołujący podtrzymywał na rozprawie, iż nie ma uzasadnienia dla uznania, że informacje dotyczące referencyjnej usługi stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

### **Izba zważyła.**

Izba uznała, że Zamawiający powinien był odtajnić dokumenty złożone przez Konsorcjum w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w zakresie niezbędnym dla oceny doświadczenia przed zakończeniem czynności związanych z oceną oferty Konsorcjum, nie później niż w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Odtajnienie dokumentów już po wniesieniu odwołania z jednej strony może być oceniane, jako przyznanie racji Odwołującemu i zasadności zarzutu. Z drugiej sprawia wrażenie działania skalkulowanego z punktu widzenia wyniku procesu odwoławczego i próby uniknięcia niekorzystnego dla Zamawiającego rozstrzygnięcia, na co wskazuje odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której podnosi, że naruszenie przez niego zasady jawności ofert nie może mieć wpływu na wynik postępowania, a odwołanie powinno być oddalone. Pomimo uznania, że zarzut był zasadny Izba uznała, że odwołanie nie może być uwzględnione na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy, jednak nie z tej przyczyny, że dokumenty w momencie rozstrzygania zostały odtajnione przez Zamawiającego, ale dlatego, że konstrukcja zarzutu i zakres skarżonej czynności nie pozwala na ustalenie, że naruszenie zasady jawności postępowania prowadzić mogło do ustalenia nieprawidłowego wyniku postępowania. Odwołujący na rozprawie podjął próbę usprawiedliwienia braku zaskarżenia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej w części 1 i 2 w związku z naruszeniem zasady jawności ofert tym, że dopiero po zapoznaniu się z dokumentami będzie mógł formułować zarzuty zaniechania wykluczenia Konsorcjum z postępowania, co wymaga powtórzenia czynności w postępowaniu, a do czego może dopiero zobowiązać Izba Zamawiającego wyrokiem. Zapowiedział nawet, iż w dniu rozprawy zostanie wniesione nowe odwołanie w związku z wątpliwościami, jakie mają dotyczyć wykazu - referencyjnej usługi.

Oddalając odwołanie Izba związana była na podstawie art. 192 ust. 7 Ustawy zakresem zarzutu naruszenia art. 8 ust. 2 i 3 Ustawy, który wyznaczała skarżona czynność, tj. zaniechanie udostępnienia dokumentów złożonych w ofercie Konsorcjum. Odwołujący nie kwestionował samej czynności wyboru oferty Konsorcjum w części 1 i 2, jako dokonanej z naruszeniem zasady jawności postępowania, co wskazywało, że nie kwestionował wyniku postępowania jako nieprawidłowego z tej przyczyny, że nie zostały udostępnione mu na etapie oceny ofert dokumenty z oferty Konsorcjum. W ocenie Izby, nie było koniecznym podnoszenie z ostrożności zarzutów zaniechania wykluczenia Konsorcjum z postępowania, ewentualnie zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Nie objęcie natomiast w podstawie faktycznej zarzutu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na część 1 i 2 przedmiotu zamówienia powodowało, iż Izba nie miała podstaw do stwierdzenia, że naruszenie zasady jawności przez Zamawiającego mogło mieć wpływ na wynik postępowania, którego sam Odwołujący nie kwestionował i którego zmiany

nie żądał. Przy takiej konstrukcji zarzutu Izba nie miała podstaw do oceny i kwestionowania czynności wyboru oferty Konsorcjum na część 1 i 2 przedmiotu zamówienia. Ponieważ nie było innej podstawy do unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej dla części 1 i 2 przedmiotu zamówienia, Izba wyłącznie stwierdziła, że Zamawiający naruszył przepisy Ustawy poprzez zaniechanie udostępnienia dokumentów złożonych w ofercie Konsorcjum i oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy.

Należy również wskazać, że pomimo uznania, że samo zaniechanie udostępnienia informacji przez Zamawiającego miała miejsce, co naruszało zasadę jawności postępowania i jawności samych ofert, to w ocenie Izby, nie było możliwym ustalenie związku przyczynowego pomiędzy uchybieniem w tym elemencie zasadom postępowania, a ustalonym wynikiem postępowania. Zgodnie natomiast z art. 192 ust. 2 Ustawy Izba uwzględnia odwołanie jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów Ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W zakresie wyniku postępowania ustalonego dla obu części takiego wpływu nie można stwierdzić, gdyż sama czynność polegająca na udostępnieniu lub odmowie udostępnienia zastrzeżonych w ofercie informacji w żaden sposób nie odnosi się do oceny merytorycznej dokumentów, a zatem pozostaje obojętna dla ustalenia, czy dokumenty potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Odrębną kwestią jest to, że brak dostępu do informacji na podstawie, których Zamawiający dokonuje oceny ofert, może w sposób istotny naruszać prawo wykonawcy do skutecznego skorzystania z środków ochrony prawnej. Nie jest to jednak tożsame z ustaleniem wpływu naruszenia przepisów Ustawy na wynik postępowania. Odwołujący w części 1 przedmiotu zamówienia w ogóle nie zakwestionował samego wyniku postępowania, co wskazuje, iż zarzut zaniechania odtajnienia dokumentów nie miał związku z czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej. Natomiast wynik w część 2 przedmiotu zamówienia został zakwestionowany przez Odwołującego, ale w powiązaniu z zarzutem zaniechania wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W tych okolicznościach Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał wpływu naruszenia przez zasady jawności postępowania na ustalony wynik, co powinien był podjąć jako strona zainteresowana uzyskaniem rozstrzygnięcia na swoją korzyść.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis uiszczony przez Odwołującego.

**Przewodniczący:** .....