

WYROK
z dnia 25 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 21 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 stycznia 2022 r. przez wykonawcę **A. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A. O. O..PL z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Centrum Obsługi Oświaty w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **A. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą adrium BHP A. R. z siedzibą w Dobczycach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawcę **A. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A. O. O..PL z siedzibą w Krakowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. poz. 2021, poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Miejskie Centrum Obsługi Oświaty w Krakowie, zwany dalej „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. poz. 2021, poz. 1129), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „Kompleksowa obsługa w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy w roku 2022 samorządowych jednostek oświatowych, których organem prowadzącym jest Gmina Miejska Kraków”, nr postępowania: ZP.261.52.2021.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 19.11.2021 r. pod Nr 2021/S 225-591479.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 7 stycznia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca A. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A. O. O..PL z siedzibą w Krakowie, zwany dalej „Odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 18 ust. 1 i 3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zwanej dalej: „ZNKU”, poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę A. R., w szczególności kalkulacji w zakresie struktury i kosztów zatrudnienia pracowników realizujących przedmiotowe zamówienie, mimo że informacje te nie przedstawiają wartości gospodarczej, są jednorazowe z uwagi na możliwość ich wykorzystania wyłącznie w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a ich ujawnienie nie może narazić wykonawcy na szkodę i jako takie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czego konsekwencją jest niemożność pełnego uzasadnienia zarzutu w zakresie rażąco niskiej ceny oraz czynu nieuczciwej konkurencji w ofercie wykonawcy A. R.;
- 2) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek wyboru wykonawcy, który zaoferował cenę rażąco niską i poprzez złożenie oferty dokonał czynu nieuczciwej konkurencji, przede wszystkim polegającego na wykluczeniu innych wykonawców z dostępu do rynku;
- 3) art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami PZP, w szczególności wskutek zaniechania uzyskania od wykonawcy rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny realizacji usługi,

- a tym samym oparciu decyzji ws. wyboru oferty na danych (wyjaśnieniach), które nie pozwalają w obiektywny sposób ocenić zasadności i rynkowości zaoferowanej ceny;
- 4) art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uzyskania od A. R. rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie złożonej oferty (przekazane przez A. R. informacje nie uzasadniają w sposób precyzyjny podstawy i okoliczności ustalenia ceny ofertowej);
 - 5) art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która jest niezgodna z ustawą, a w szczególności zawiera cenę rażąco niską, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
 - 6) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku;
 - 7) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;
 - 8) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę;
 - 9) art. 224 ust. 5 ustawy Pzp poprzez uwzględnienie ogólnych (nieprecyzyjnych) wyjaśnień i tym samym nieuwzględnienie obiektywnych czynników, które mają wpływ na wysokość zaproponowanej ceny;
 - 10) art. 226 ust. 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez A. R. pomimo, iż nie spełniała warunków udziału w postępowaniu;
 - 11) art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do wyjaśnienia złożonych przedmiotowych środków dowodowych – referencji.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze oferty;
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności:
 - odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę A. R.;
 - wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie złożonych referencji;
 - ponownego badania i oceny ofert,
 - wyboru oferty najkorzystniejszej;

Uzasadnienie odwołania

Odwołujący podał, że w dniu 28.12.2021 r. Zamawiający, dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w przetargu prowadzonym w trybie nieograniczonym pn. „Kompleksowa obsługa w

zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy w roku 2022 samorządowych jednostek oświatowych, których organem prowadzącym jest Gmina Miejska Kraków” oraz powiadomił o tej czynności Wykonawców. Jako podstawę takiego rozstrzygnięcia wskazany został art. 253 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podał, że w uzasadnieniu decyzji Zamawiający wskazał, iż dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o kryteria oceny ofert określone w specyfikacji warunków zamówienia spośród nieodrzuconych ofert.

Odwołujący nie zgodził się z powyższymi twierdzeniami.

Wyjaśniając kwestię dotyczącą zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący wskazał, iż zgodnie z treścią art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ZNKU przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Odwołujący wskazał, że z powyższych przepisów wynika przede wszystkim, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in.

sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący zauważył, że w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie znaczy wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”.

Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji zięciły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 ZNKU.

Odwołujący podniósł, że ww. przepis przewiduje następujące przesłanki:

- informacje muszą mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie mogą być powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie mogą być łatwo dostępne dla takich osób, a uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania musi podjąć przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Odwołujący podał, że A. R. zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny w całości (również w zakresie kalkulacji). W uzasadnieniu wskazując: „Zastrzegam, iż niniejsze wyjaśnienia oraz załączona do nich kalkulacja stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. z dnia o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010, 1649) dotyczą one w szczególności informacji o organizacji przedsiębiorstwa, kosztach prowadzonej działalności, które są objęte poufnością. Jednocześnie Wykonawca oświadcza, iż podjął wszelkie niezbędne kroki do zachowania wyżej wymienionych informacji w poufności, w szczególności dane składające się na kalkulacje znane są jedynie właścicielowi firmy oraz osobom umocowanym do tego przez właściciela, zaś dokumenty związane z podanymi w kalkulacji danymi przechowywane są w firmie w zabezpieczonym miejscu niedostępnym dla osób nieupoważnionych”.

Odwołujący stwierdził, że analiza treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 8.12.2021 r. prowadzi do wniosku, że A. R. nie wykazał, iż zastrzeżone przez niego informacje (które określił jako mające charakter organizacyjny i kosztowy – koszty prowadzenia działalności) mają jakąkolwiek wartość gospodarczą. Wykonawca nie wyjaśnił jakie wartości gospodarcze chroni w razie gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Dodatkowo nie wskazał, jaka konkretnie szkoda grozi mu w razie ujawnienia jego wyjaśnień. Stwierdzenie takie jest stanowczo niewystarczające do tego, by uznać, że A. R. rzeczywiście wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje mają jakąkolwiek wartość gospodarczą. Tym samym nie wykazał już pierwszej przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jaką jest wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący wyjaśnił, iż przedmiot zamówienia został w niniejszym postępowaniu na tyle szczegółowo opisany, że margines swobody wykonawców co do sposobu jego wykonania nie jest duży. W konsekwencji, również sposób kalkulacji ceny, opierającej się w przypadku usług BHP w znacznej mierze na kosztach pracy, nie

pozostawia wykonawcom - przynajmniej w zakresie kosztów pracy - zbyt wiele możliwości na stworzenie własnego know-how. Odwołujący podkreślił, że tym bardziej zatem A. R. powinien był wykazać: co powoduje, że zwłaszcza kalkulacja cenowa w niniejszym postępowaniu zasługuje na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa i że posiada dla niego wartość gospodarczą. Odwołujący stwierdził, że powyższych okoliczności A. R. nie wykazał. Ponadto Odwołujący stwierdził, iż A. R. nie wykazał, że podjął wymienione w piśmie z dnia 8.12.2021 r. działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji. W tym zakresie wykonawca złożył jedynie następujące oświadczenie: „Jednocześnie Wykonawca oświadcza, iż podjął wszelkie niezbędne kroki do zachowania wyżej wymienionych informacji w poufności, w szczególności dane składające się na kalkulacje znane są jedynie właścicielowi firmy oraz osobom umocowanym do tego przez właściciela, zaś dokumenty związane z podanymi w kalkulacji danymi przechowywane są w firmie w zabezpieczonym miejscu niedostępnym dla osób nieupoważnionych”.

Odwołujący stwierdził, że każdy wykonawca może takie oświadczenia i deklaracje składać w celu uzasadnienia spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 ZNKU. Tymczasem, zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, przesłanka ta, jak i pozostałe, musi być wykazana. Aby ją wykazać, należy np. przedstawić dokumenty istniejące już wcześniej, z których wynika, że konkretne informacje (takie same, jak te, które zostały zastrzeżone) w konkretnych okolicznościach są dostępne wyłącznie dla konkretnego kręgu osób. Odwołujący podał, że z dokumentacji postępowania wynika, że A. R. składając pismo z dnia 8.12.2021 r. takiego wykazania nie przeprowadził.

Odwołujący zauważył, że w szczególności nie dołączył do wyjaśnień kopii dokumentów potwierdzających, że faktycznie podjął działania polegające na:

- ograniczeniu dostępu do informacji tylko dla właściciela i osób przez niego umocowanych,
- specjalnym przechowywaniu dokumentów zawierających zastrzeżone informacje niedostępnym dla osób nieupoważnionych,
- wprowadzeniu zabezpieczeń fizycznych.

Przy czym wszystkie dokumenty potwierdzające podjęcie ww. działań powinny dotyczyć konkretnie tego rodzaju informacji, jakie zostały zastrzeżone w niniejszym postępowaniu, aby możliwe było wykazanie przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ZNKU.

Odwołujący podał, że A. R. nie dołączył takich dokumentów, a poprzestał jedynie na gołosłownym oświadczeniu, że wskazane przez niego działania zostały podjęte i że zastrzeżone informacje są zachowywane w poufności. Deklaracja wykonawcy w tym zakresie nie może być uznana za „wykazanie”, o którym mowa w art. 18 ust. 3 PZP, stąd też zastrzeżenie przez niego treści wyjaśnień oraz kalkulacji do wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty, nie może być uznane za skuteczne.

Odwołujący podniósł, że powyższe uniemożliwia mu odnieść się do kalkulacji i uzasadnić zarzutu rażąco niskiej ceny.

Przechodząc dalej, Odwołujący wskazał, iż ustawa PZP nie precyzuje, jaką cenę należy uznać za rażąco niską, ani też kiedy dochodzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i podjęcia przez wykonawcę działań, które służą wyeliminowaniu z rynku przedsiębiorców prowadzących działalność konkurencyjną.

Jednakże zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp szczególne prawdopodobieństwo wystąpienia ceny rażąco niskiej zachodzi m.in. w sytuacji, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (niepodlegających odrzuceniu).

W oparciu o powyższe Odwołujący uznał, że oferta A. R. przewiduje świadczenie usługi objętej przedmiotowym zamówieniem znacznie poniżej jej kosztów – zawiera „rażąco niską cenę”. Za rażąco niską powinna być bowiem uznana cena oferty odbiegająca swoją wartością *in minus* od rynkowej wartości przedmiotu zamówienia, a wykonawca w ramach swoich wyjaśnień nie wykazał, że różnica ta jest uzasadniona, tj. że będzie mógł należycie wykonać zamówienie bez strat i finansowania go z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne (zob. m.in. wyr. KIO z 19.1.2017 r., KIO 22/17).

Odwołujący wskazał, że w przypadku ceny zaoferowanej przez A. R. usługa musiałaby być świadczona znacznie poniżej rentowności. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest 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 ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą 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 (zob. wciąż aktualną w powyższym zakresie tezę z wyr. KIO z 7.12.2016 r., KIO 2115/16, KIO 216/16). Odwołujący stwierdził, że niewątpliwie cena zaproponowana przez A. R. jest ceną poniżej kosztów realizacji usługi i będzie realizowana ze stratą.

Odwołujący zauważył, że co prawda, Zamawiający zwrócił się do A. R. o wyjaśnienia nt. ceny wskazanej w ofercie, jednakże udzielone wyjaśnienia są niedostępne dla Odwołującego z przyczyn wskazanych powyżej.

Udzielenie samej odpowiedzi przez wykonawcę, nie oznacza, że:

- a) wykonawca spełnił swój obowiązek polegający na udzieleniu wyjaśnień;
- b) jego wyjaśnienia potwierdziły rynkowość zaoferowanej usługi, a tym samym rozwiały wszelkie wątpliwości Zamawiającego.

Wprawdzie Odwołujący nie miał wglądu do wyjaśnień, niemniej zauważył, iż wykonawca nie przedłożył dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny przewidywanych przez art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności w zakresie oszczędności

metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Wykonawcy, oryginalności projektu Wykonawcy, kosztów pracy (których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego według właściwych przepisów).

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie może bezkrytycznie przyjmować i akceptować wszystkich wypowiedzi Wykonawcy, co miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu. PZP wymaga od Zamawiającego, aby podjął się on rzeczywistego wyjaśnienia, czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Odwołujący wskazał, że wątpliwości Zamawiającego w omawianej sprawie powinny wynikać m.in. z okoliczności, iż cena wybranej oferty jest niemal o połowę niższa od oferty Odwołującego.

Dalej Odwołujący podał, że zgodnie z treścią rozdz. VI. 1.4) SWZ - warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający wskazał, iż o udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej stawiając wykonawcom następujący warunek: „Wykonawca winien wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie należycie wykonał (dla usług zakończonych) lub nadal należycie wykonuje (dla usług niezakończonych) - usługi kompleksowej obsługi w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy o łącznej wartości nie mniejszej niż 800 000, - zł brutto**wartość zrealizowanego świadczenia

Uwaga:

- 1) Podany okres 3 lat, liczy się wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert.
- 2) Przez usługę kompleksowej obsługi w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy Zamawiający rozumie obsługę obejmującą co najmniej szkolenia (wstępne i okresowe), bieżącą obsługę w zakresie wypadków, dokonywanie przeglądów rocznych oraz udział w dokonywaniu oceny ryzyka zawodowego.
- 3) Wartość zamówienia określona w innej walucie niż złoty polski zostanie przeliczona przez Zamawiającego za złote polskie na podstawie średniego kursu złotego w stosunku do danej waluty obcej, określonej w tabeli A kursów średnich walut obcych Narodowego Banku Polskiego na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu”.

Na potwierdzenie spełnienia tego warunku, w myśl rozdz. VIII. 2.7) SWZ, wykonawcy zobowiązani byli do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, a mianowicie: „wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem wartości, podmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie”.

Odwołujący stwierdził, że nie może zatem ulegać najmniejszej wątpliwości, że dokumentem potwierdzającym zakres wykonanych usług jest wykaz usług wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane. W stanie faktycznym A. R. w przedłożonych dokumentach wskazał, iż usługi wykonywał w pełnym zakresie wartościowym (800 000 zł) na rzecz Alpha Technology sp. z o.o. sp.k. i spółek podległych. Potwierdzają to również udzielone referencje, zgodnie z treścią których usługa w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy była realizowana na rzecz Alpha Technology sp. z o.o. sp.k. oraz „spółek podległych pod Zarząd”. Odwołujący wskazał, że niezaprzeczalnie Alpha Technology sp. z o.o. sp.k. nie mogła udzielić referencji w imieniu innych podmiotów, na rzecz których usługa BHP była realizowana oraz iż wartość usług należy rozbić na kilka podmiotów żądając od każdego z nich z osobna potwierdzenia należytego ich zrealizowania. W tym zakresie Zamawiający nie podjął żadnych czynności wyjaśniających, które mają istotne znaczenie dla możliwości oceny kryteriów udziału w postępowaniu Wykonawcy wymaganych przez Zamawiającego. Jeżeli bowiem okaże się, iż usługa nie była realizowana należycie lub na wartości inne niż wskazane przez Wykonawcę, to oferta tego ostatniego podlega odrzuceniu.

Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że wskutek działań i zaniechań Zamawiającego doszło do przedwczesnego wyboru Wykonawcy, bowiem wykonawca nie wykazał, iż spełnia kryteria udziału w postępowaniu, a jeżeli tak, czy cena jego oferty nie jest rażąco niska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, pisma procesowe stron i uczestnika postępowania wraz załącznikami, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania, w tym w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca A. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą adrium BHP A. R. z siedzibą w Dobczycach (dalej Przystępujący lub adrium). Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Izba ustaliła, że:

Zamawiający prowadzi postępowanie pn. „Kompleksowa obsługa w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy w roku 2022 samorządowych jednostek oświatowych, których organem prowadzącym jest Gmina Miejska Kraków”.

Zamawiający ustalił wartość szacunkową udzielonego zamówienia na kwotę 1 144 537,20 zł.

Pkt XV. SWZ Sposób obliczenia ceny otrzymał następujące brzmienie:

1. Przez cenę oferty (C) rozumie się wynagrodzenie ryczałtowe brutto* za miesięczną kompleksową obsługę w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy jednej jednostki.
* w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. z 2019 r. poz. 178).
2. Cena oferty (C) musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy określonym w niniejszej SWZ (w tym m.in. koszty dojazdów, koszty materiałów biurowych, itp.).
3. Cena oferty (C) winna być wyrażona w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku (zasada zaokrąglenia — poniżej 5 należy końcówkę pominąć, powyżej i równe 5 należy zaokrąglić w górę). Cena oferty (C) może być tylko jedna.
4. Do formularza ofertowego Wykonawca wpisuje łączną cenę oferty (C) z jej rozbiem na wartość netto oraz wartość VAT.
5. Określenie stawki podatku od towarów i usług jest obowiązkiem Wykonawcy. Wykonawca winien dokonać wyliczenia podatku od towarów i usług zgodnie z obowiązującymi przepisami na dzień stanowiący termin składania ofert.

Przed otwarciem ofert Zamawiający poinformował, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienie 1 000 000 zł.

W postępowaniu wpłynęło 4 oferty.

Wykonawcy zaoferowali następujące ceny:

Numer oferty	Nazwa albo imię i nazwisko Wykonawcy	Siedziba lub miejsce prowadzonej działalności gospodarczej albo miejsce zamieszkania Wykonawcy	Cena oferty
1	ADRIUM BHP A. R.	Dobczyce	246,- zł /miesięczną obsługę 1 jednostki
2	Krajowy Ośrodek	Kraków	202,95 zł /miesięczną

	Usługowo Dydaktyczny PARTNER Sp. z o.o. A. O. O..pl	Kraków	obsługę 1 jednostki 492,- zł /miesięczną obsługę 1 jednostki
3			
4	SAFETOM Sp. z o.o.	Kraków	269,37 zł /miesięczną obsługę 1 jednostki

W dniu 3 grudnia 2021 r. Zamawiający wystosował do Przystępującego wezwanie na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia wyliczenia ceny zamówienia.

W dniu 8 grudnia 2021 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia wskazując, iż stanowią one jego tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ponadto Zamawiający wzywał Przystępującego do złożenia dokumentów podmiotowych oraz do uzupełnienia wykazu usług w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 28 grudnia 2021 r. dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Przywołane w odwołaniu podstawy prawne stanowią:

- art. 16 pkt 1 ustawy Pzp - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- art. 17 ust. 2 ustawy Pzp - Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.
- art. 18 ust. 1 ustawy Pzp - Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
- art. 18 ust. 3 ustawy Pzp - Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.
- art. 223 ust. 1 ustawy Pzp - W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.
- art. 224 ust. 6 ustawy Pzp - Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.
- art. 224 ust. 1 ustawy Pzp - Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą

wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę: niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,

- art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jest niezgodna z przepisami ustawy

- art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

- art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Podstawą faktyczną zarzutów Odwołujący uczynił de facto trzy okoliczności, pomimo wskazania wielu podstaw prawnych: zarzut związany z rażąco niską ceną w Ofercie Przystępującego, zarzut dot. zastrzeżenia wyjaśnień ceny złożonych przez Przystępującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosnie zarzutu rażąco niskiej ceny Izba wskazuje, że wykonawca adrium złożył wyjaśnienia zgodnie z wezwaniem zamawiającego. Rozstrzygając postawiony przez Odwołującego zarzut Izba wskazuje, że ciężar dowodu w przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny jest ukształtowany odwrotnie do reguły, zgodnie z którą ciężar dowodu spoczywa na stronie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp), w niniejszym przypadku Przystępującego. Jednocześnie modyfikacja reguły ciężaru dowodu nie oznacza, że wykonawca zarzucający Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty z rażąco niską ceną nie jest obowiązany dowodzić faktów, które pozwalają stawiać tezę o rażąco niskiej cenie. Odwrócony ciężar dowodu nie zwalnia strony odwołującej z obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni ona podstawą swoich zarzutów wykazania podstaw faktycznych zarzutu, oraz przedstawienia kontrdowodów

wobec tych, które przedłożyli przeciwnicy. W tym zakresie Odwołujący nie sprostał ciężarowi na nim spoczywającemu. Odwołujący, przedstawił wyłącznie ogólne teoretyczne stanowisko odnośnie definicji ceny rażąco niskiej, sam przyznając, iż nie może przedstawić szczegółowego uzasadnienia ze względu na brak dostępu do wyjaśnień złożonych przez Przystępującego. Faktem jest, iż Odwołujący nie miał dostępu do treści tych wyjaśnień jako objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, jednakże w takiej sytuacji podtrzymując zarzut zaniechania odrzucenia oferty adrium z powodu ceny rażąco niskiej, niejako sam zadecydował o niepowodzeniu tego zarzutu. W niniejszej sprawie Odwołujący zarzut dot. zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz rażąco niskiej ceny postawił niejako równoległe. Co wobec niemożności argumentowania w zakresie złożonych wyjaśnień powodowało konieczność oddalenia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej cenę rażąco niską. Twierdzenie Odwołującego, że niewątpliwie cena zaproponowana przez A. R. jest ceną poniżej kosztów realizacji usługi i będzie realizowana ze stratą, było twierdzeniem gołosłownym. W konsekwencji zarzuty w tym aspekcie podlegały oddaleniu. Skutkiem powyższego oraz ze względu na brak uzasadnienia zarzutu konieczne było również oddalenie zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji.

W okolicznościach niniejszej sprawy, wobec przyjętej przez Odwołującego konstrukcji odwołania tj. równoległego skarżenia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wyjaśnień Przystępującego w zakresie ceny nie mógł zostać uwzględniony zarzut dot. zastrzeżenia wyjaśnień ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż, w ocenie Izby, nie ma on wpływu na wynik postępowania. Tylko zarzut mogący mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia może stanowić podstawę uwzględnienia odwołania (art. 554 ust. 1 ustawy Pzp). Odwołujący, wobec poddania pod rozstrzygnięcie Izby w niniejszym postępowaniu zarzutu dot. rażąco niskiej ceny w ofercie adrium nie mógłby ponownie, w ocenie składu orzekającego, formułować zarzutu w tożsamym zakresie po otrzymaniu wyjaśnień. Jednocześnie Izba wskazuje, iż uzasadnione były zastrzeżenia Odwołującego co do nieprawidłowości zastrzeżenia przez wykonawcę adrium jako tajemnicy przedsiębiorstwa przedłożonych wyjaśnień ceny, gdyż wykonawca ten nie wykazał przesłanek uzasadniających objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa składanych wyjaśnień.

Ponadto Izba wskazuje, iż zarzut nie spełnienia warunków przez adrium oraz zaniechanie odrzucenia tej oferty jako niespełniającej warunków udziału stoi w sprzeczności z zarzutem zaniechania wezwania do wyjaśnień w tożsamym zakresie. Zarzuty te były stawiane jako zarzuty równoległe, a nie ewentualne. Niemniej jednak Izba po analizie złożonych dokumentów stwierdziła, iż zarzuty te nie potwierdziły się. W ocenie Izby wykonawca A. R. wykazał wymagane doświadczenie. Skoro stroną umowy była firma Alpha Technology sp. z o.o. sp.k. to ten podmiot był uprawniony do wydania potwierdzenia realizacji usług, nawet w sytuacji gdy były realizowane na rzecz innych podmiotów. Jednocześnie skoro istniała, w każdym z okresów, jedna umowa, a Odwołujący nie wykazał,

iż było inaczej to brak było podstaw do rozbijania wartości na inne podmioty. Nietrafna była również argumentacja Odwołującego, co do nieprzedstawienia kopii tych umów przez Przystępującego. Ustawa Pzp reguluje kwestie wykazywania przez wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu i w oparciu o te przepisy wykonawca nie ma obowiązku przedstawiania umów łączących go z podmiotami, które wystawiają na jego rzecz referencje. Dostrzeżenia wymagało, iż kwestia osoby podpisującej referencje w imieniu Alpha Technology została podniesiona dopiero na rozprawie - w tym zakresie referencje nie były kwestionowane w odwołaniu i jako taka stanowi niedopuszczalne rozszerzenie zarzutu. Tym niemniej Izba wskazuje, iż referencje stanowią oświadczenie wiedzy a nie woli. Powyższe skutkuje tym, iż nie muszą być wystawione przez osobę uprawnioną do reprezentacji. Jednocześnie jak wynika z wydruków z KRS Pan A. Z. pełnił funkcję Prezesa Zarządu firmy Alpha Technology Sp. z o.o. od 2017 r. do sierpnia 2020, a tym samym dysponował wiedzą pozwalającą mu na wystawienie referencji Przystępującemu. Jednocześnie, Izba wskazuje, iż odwołujący nie postawił zarzutu przedstawienie przez Przystępującego nieprawdziwych informacji oraz nie kwestionował, realizacji przez Przystępującego usług na rzecz Alpha Technology. Ponadto, wskazać należy, iż wobec przedstawienia przez Odwołującego, oświadczenia wiceprezesa zarządu Alpha Technology o czasie pełnienia funkcji przez p. A. Z., Odwołujący mógł co najmniej próbować pozyskać informacje o zakresie umów łączących Przystępującego z tym podmiotem. Odwołujący żadnych dowodów podważających oświadczenie Przystępującego nie przedstawił.

Wobec powyższego Izba orzekła jak w sentencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: