

Sygn. akt: KIO 1542/13

WYROK
z dnia 10 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2013 r. przez wykonawcę **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP S.A. oraz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., w imieniu i na rzecz których działa PKP S.A., ul. Szczęśliwicka 62, 00-973 Warszawa**

przy udziale **wykonawcy EVER Grupa Sp. z o.o., ul. Arkuszowa 39, 01-934 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** na rzecz: **PKP S.A. oraz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., w imieniu i na rzecz których działa PKP S.A., ul. Szczęśliwicka 62, 00-973 Warszawa** kwotę: **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) 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

PKP S.A. oraz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., w imieniu i na rzecz których działa PKP S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Świadczenie usług utrzymania czystości na wybranych stacjach i przystankach kolejowych zarządzanych przez PKP S.A. i PKP PLK S.A.” W postępowaniu tym Zamawiający przewidział możliwość składania ofert częściowych, dzieląc zamówienie na sześć zadań. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 2 maja 2013 r. pod nr 2013/S 085-144620.

W postępowaniu tym wykonawca Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący”) w dniu 24 czerwca 2013 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Złożone odwołanie dotyczy zadania nr 1, tj. dotyczącego utrzymania czystości na stacjach Warszawa Centralna, Warszawa WKD Śródmieście, Warszawa Śródmieście, Warszawa Wschodnia, Warszawa Zachodnia, Warszawa Stadion oraz Warszawa Powiśle.

Zamawiający w dniu 25 czerwca 2013 r. skierował wezwanie do przyłączenia się do postępowania odwoławczego, przekazując wykonawcom kopię odwołania.

W dniu 28 czerwca 2013 r. wykonawca EVER Grupa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie złożył do Prezesa Izby zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Kopie przystąpienia zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalno prawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 9 lipca 2013 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia oferty Przystępującego;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w związku z art. 90 ust 1-3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia a ponadto stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;
- 5) art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o

1. uchylenie czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Przystępującego;
2. nakazanie Zamawiającemu odtajnienia oferty Przystępującego;
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w szczególności w zakresie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny;
4. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, gdyż zawiera rażąco niską cenę i jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;
5. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania;
6. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru jako najkorzystniejszego w postępowaniu oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę, jak również jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, gdyż zastrzeżone w niej jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje nie mają charakteru poufnego.

Co do kwestii rażąco niskiej ceny wskazał, że Przystępujący w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne, zaoferował wykonanie zamówienia za cenę

2.527.786,65 zł, co w ocenie Odwołującego wskazuje, że cena ta jest nierealistyczna i skalkulowana została w sposób uniemożliwiający bezpieczne, prawidłowe i należyte wykonanie zamówienia. Podkreślił, że Zamawiający zaniechał zastosowania w stosunku do tego wykonawcy procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp, tj. wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Na potwierdzenie swojego stanowiska powołał się na orzecznictwo KIO (sygn. akt: KIO 560/12 oraz sygn. akt: KIO 676/12). Zwrócił uwagę, że cena zaoferowana przez Przystępującego, znacznie odbiega od wartości jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia, tj. cena oferty najkorzystniejszej jest niższa od wartości, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia o 36%, co daje kwotę na poziomie 1 411 263,13 zł. Według niego z całą pewnością cena oferty Przystępującego, tak znacznie odbiegająca od wartości przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację zamówienia, została skalkulowana wadliwie i nieprawidłowo z dużym elementem niedoszacowania kosztów bez uwzględnienia aktualnych cen rynkowych oraz realizacji szeregu prac podanych w zakresie czynności. Podkreślił też, że sama oferta Przystępującego uniemożliwia zweryfikowanie informacji o elementach kosztowych usługi, z których wynikałoby, że wykonawca zastosował szczególnie oszczędne metody wykonania zamówienia, specyficzne rozwiązania techniczne lub, że znajduje się w wyjątkowo sprzyjających warunkach wykonywania zamówienia. Odwołujący wskazał nadto, że cena w ofercie Przystępującego, z uwagi na brak jakichkolwiek czynników wpływających na ich „okazyjność” oraz ze względu na rzeczywistą wartość rynkową umów o przedmiotowe zamówienie, skalkulowana została poniżej kosztów wykonywania przedmiotowych usług. Odwołujący podkreślił również, iż posiada pełną wiedzę i wieloletnie doświadczenie we współpracy z Zamawiającym przy wykonywaniu usługi na w/w obiektach będących częścią SIWZ określoną w zadaniu nr 1 i wiedza ta pozwala oszacować realne koszty wykonania usługi. Wskazał na różnice oferty Przystępującego w stosunku do oferty Odwołującego, która wynosi ponad 330 850,80 zł.

Odwołujący podkreślił też, że parametry zamówienia określone przez Zamawiającego w SIWZ uległy znaczącemu zwiększeniu w odniesieniu do dotychczas realizowanego zamówienia dla zadania 1, natomiast cena zaproponowana przez Przystępującego jest ceną zbliżoną do kwoty, za którą obecni wykonawcy realizują zamówienie. Wskazał, że wartość obecnie realizowanej usługi przez wykonawców wynosi ok. 190 tys. zł m-c brutto, a kwota ta nie uwzględnia usługi sprzątnięcia powierzchni dworców PKP PLK S.A., zaś Przystępujący zaproponował za realizację rozszerzonego o powierzchnię i zakres czynności dworców należących do PKP PLK S.A. kwotę 210 tys. zł m-c, tj. większą o 9,5%, gdzie wzrost powierzchni w odniesieniu do poprzedniego zamówienia jest większy o ponad 90%. Co do wzrostu zakresu przedmiotu zamówienia, zawartym w SIWZ, wskazał, że uwzględnia on obsługę dworców należących do PKP PLK S.A. Obsługa tych dworców to wzrost zakresu

czynności oraz powierzchni wykonywanej usługi. Łączny wzrost powierzchni terenów wewnętrznych według niego uległ zwiększeniu o ponad 10%, co daje ponad 7.000 m² wzrostu powierzchni, wzrost terenów zewnętrznych to ponad 95%, co daje zwiększenie powierzchni o ponad 400.000 m². Zwrócił też uwagę, że zwiększeniu uległ w znacznym stopniu zakres wykonywania usług i tu na obszarze dworców PKP S.A. wymienił m.in. szereg prac wymagających zastosowania technik alpinistycznych tj. mycie okien pow. 3.40 m, ścian, sufitów, sufitów podwieszanych, lamp, opraw oświetleniowych, filarów pow. 3,40 m, które zostały dodane do aktualnego zakresu prac ujętego w SIWZ. W tym zakresie analogiczne, zwiększenie (rozszerzenie) zakresu prac, jego zdaniem, dotyczy usługi na obszarach dworców PKP S.A. Podkreślił, że zakres prac wymaga zastosowania prac alpinistycznych, tj. mycie okien, sufitów, lamp, ścian szklanych wejść na perony. Ponadto, według niego zakres czynności uległ zwiększeniu poprzez czynności okresowe, tj. koszenie, przycinanie żywopłotów, krzewów oraz pełną obsługę torów i międzytorzy poza peronami.

W tym zakresie Odwołujący wskazał też na art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

W ocenie Odwołującego zaoferowane przez Przystępującego ceny za realizację zamówienia rażąco niskiej, stanowi *de facto* sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, co wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący na poparcie swojego stanowiska powołał się na opinię Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1. poz. 240). Według niego oferowanie towarów lub usług poniżej ceny ich wytworzenia (cena dumpingowa, do której kwalifikowana jest również cena rażąco niska) jest działaniem mającym na celu utrudnianie dostępu do rynku, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i tym samym wypełnia przesłanki, o których mowa zarówno w przywołanej powyżej ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jak również stanowi przesłankę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego podkreślił, iż Zamawiający udzielając zamówienia publicznego, a więc *de facto* dysponując środkami publicznymi, działa w celu zaspokojenia potrzeb ludności i zobligowany jest mieć pewność, że wybrany wykonawca daje rękojmię należytego, wykonania zamówienia, a złożona przez niego oferta jest ofertą realistyczną, gwarantującą świadczenie usługi zgodnie ze standardem wskazanym w SIWZ. Odwołujący podkreślił jednocześnie, że jako wykonawca obecnie świadczący na rzecz Zamawiającego podobną usługę z przedmiotem zamówienia,

posiada wiedzę pozwalającą jednoznacznie twierdzić, że ryzyka związane z wykonywaniem przedmiotu zamówienia, wycenione zostały przez Przystępującego rażąco poniżej poziomu, który powinien być zakładany jako realistyczny, a tym samym gwarantujący prawidłowe wykonanie umowy o zamówienie publiczne.

Co do drugiego zarzutu związanego z bezpodstawną odmową odtajnienia oferty Przystępującego w zakresie wykazu usług oraz referencjami, zastrzeżonymi jako poufne, zdaniem Odwołującego z uwagi na rodzaj wiedzy i doświadczenia, którym legitymować się musi w postępowaniu wykonawca, dotyczą prawdopodobnie kontraktów jawnych z mocy prawa, a przyjmując nawet, że zamówienia te są objęte klauzulą tajności, to okoliczność należytego ich wykonania lub wykonywania nie jest informacją, do której dostęp może zostać ograniczony z jakichkolwiek obiektywnych powodów tzn. uzasadnionych interesem stron lub państwa albo potrzebą ochrony technologii, metodyki, budowy. Podkreślił, że tylko obiektywne powody, w postępowaniu o zamówienie publiczne, stanowić mogą przyczynę odmowy odtajnienia. Zwrócił uwagę na to, że zasada jawności, wyrażona w art. 8 ustawy Pzp, w systemie zamówień publicznych jest jedną z najważniejszych zasad, które należy uwzględniać w trakcie przygotowywania oraz przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a przejawia się ona dwojako: przez upublicznienie chęci udzielenia określonego rodzaju zamówienia oraz w jawności całej dokumentacji w tymże postępowaniu. Natomiast każde naruszenie zasady jawności przyczynia się do wadliwości postępowania i w efekcie może prowadzić do jego unieważnienia. Co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zwrócił uwagę na art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (sygn. akt I CKN 304/00, OSNC 200 r. Nr 4, poz. 59). Według niego ocena, czy dowolna informacja zastrzeżona przez wykonawcę stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, podobnie jak wszystkie inne czynności w postępowaniu, jest obowiązkiem Zamawiającego. Powołał się w tym zakresie na orzecznictwo KIO (sygn. akt: KIO/UZP 745/08 i KIO/UZP 595/08). Podkreślił, że zaniechanie odtajnienia części oferty uniemożliwia Odwołującemu ocenę, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, jak również czy treść oferty złożonej przez wykonawcę odpowiada treści SIWZ. Podkreślił, że wybrany wykonawca bezpodstawnie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykaz usług oraz dokumenty poświadczające ich należyte wykonanie. Skoro usługi spełniające wymogi Zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia, realizowane są w przeważającej większości na rzecz podmiotów zobowiązanych do ogłaszania o udzielonych zamówieniach w ustalonych prawem publikatorach np. w Dzienniku Unii Europejskiej, jego zdaniem, wysoce wątpliwym jest, czy dokonane zastrzeżenie jest prawidłowe i uzasadnione. Podkreślił również, że z uwagi na znaną wśród wykonawców świadczących usługi porządkowe listę kontrahentów wybranego wykonawcy zasadne są podejrzenia co do uchybień w

dokonywaniu kwalifikacji informacji zawartych w wykazie jako tajemnicy przedsiębiorstwa, które w istocie stanowią nadużycie prawa służące nieuprawnionemu uzyskaniu zamówienia. W związku z powyższym zwrócił się o podjęcie stosownych czynności wyjaśniających oraz odtajnienie oferty Przystępującego.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w piśmie z dnia 4 lipca 2013 r., przedłożonym do akt sprawy w toku rozprawy, złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Co do zarzutu związanego z rażąco niską ceną Zamawiający podniósł, że zgodnie dyspozycją art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający jest zobowiązany zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania niskiej ceny, jeżeli w trakcie oceny ofert ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia lub cen w innych ofertach, co oznacza, że skierowanie pytania do wykonawcy jest uprawnione jedynie w sytuacji, gdy za rażąco niską może być uznana cena oferty. W jego ocenie nie jest uzasadnione zwracanie się o uzasadnienie kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych oferty, nawet jeśli skalkulowano je na bardzo niskim poziomie, ale np. z racji wyższych cen w innych elementach taki sposób kalkulacji nie powoduje, iż cena oferty jest rażąco niska. Wskazał na definiowanie pojęcia „cena rażąco niska” w orzecznictwie KIO wobec braku ustawowego zdefiniowania tego pojęcia. W tym zakresie podkreślił, że konieczne jest porównanie ceny ofertowej do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia oraz do cen innych ofert złożonych w postępowaniu, do cen rynkowych, jak również do średniej cen ofert. Powyższe oznacza, że co do zasady punktami odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: (1) wartość przedmiotu zamówienia, (2) ceny innych ofert złożonych w postępowaniu, również (3) wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych, jakimi dysponują członkowie komisji zamawiającego. W świetle powyższego Zamawiający nie znalazł podstaw do powzięcia uzasadnionych podejrzeń w zakresie ceny oferty Przystępującego w celu uruchomienia procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślił, że sam fakt różnicy w wysokości 36 % pomiędzy szacunkową wartością zamówienia, a ceną wybranej najkorzystniejszej ofert, nie przesądza jeszcze o rażąco niskiej cenie tej oferty. Wartość szacunkowa zamówienia jest jedynie jednym z elementów odniesienia przy ustalaniu, czy złożona oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, ale nie jest jedynym parametrem oceny.

Co do ustalenia wartości zamówienia przez Zamawiającego podkreślił, że wbrew twierdzeniom Odwołującego specyfika oraz zakres tego postępowania różni się znacząco od dotychczas udzielonych przez Zamawiającego zamówień na usługi sprzątnięcia w zakresie Zadania 1 – Warszawa, gdyż Zamawiający po raz pierwszy zamawia usługę utrzymania

czystości w ten sposób, że opiera się w opisie przedmiotu zamówienia o księgę standardów jakości. Podkreślił, że jednym z elementów Opisu przedmiotu zamówienia jest Księga Standardów utrzymania czystości w obiektach i na terenach zarządzanych przez PKP S.A. oraz Księgę Standardów utrzymania czystości stacji kolejowych PKP PLK S.A. Dokumenty te określają technologię utrzymania czystości, wskazują procedury i narzędzia niezbędne do wykonania zamówienia, a dodatkowo ustalają standardy utrzymania czystości i sposób kontroli metodą SLA. Dokumenty te – jak podniósł Zamawiający - stanowią nowy, istotny składnik opisu przedmiotu zamówienia co do wskazania, że niezależnie od ilości czynności wykonywanych przez wykonawców istotny jest efekt tych czynności oraz wyznaczenia różnych standardów dla różnych powierzchni oraz stacji. Stąd też w jego ocenie poprzednie przetargi na sprzątanie pomieszczeń dworca nie mogą być jedynym adekwatnym punktem odniesienia. Skoro zaś zmiana podejścia do opisu przedmiotu zamówienia musi wiązać się ze zmianą sposobu wykonywania usługi powyższe miało wpływ na szacowanie wartości zamówienia, w tym co do założenia pewnego wzrostu cen. Dopiero jednak według niego niniejsze postępowanie i uzyskane ceny stanowią prawdziwe rozeznanie rynku. Tym samym odnośnienie ceny oferty najkorzystniejszej jedynie do szacunków zamawiającego – w ocenie Zamawiającego - obarczone jest błędem. W tym zakresie wskazał, że w zakresie zadania nr 1 różnica pomiędzy cenami wynosiła jedynie niecałe 12%, a podobne wartości różnic pomiędzy ofertami wystąpiły także w innych częściach np. w zadaniu 2, czy 3, co wskazuje na to, że cena najniższa w zadaniu nr 1 jest ceną rynkową. Co do powołania się na wzrost parametrów zamówienia objętego SIWZ Zamawiający zwrócił uwagę na niecelowość porównywania zakresu zamówienia objętego usługą utrzymania czystości w niniejszym postępowaniu do zakresu wcześniejszych postępowań. Po pierwsze wskazał, że do tej pory Spółka PKP S.A. oraz Spółka PKP PLK przeprowadzała podzielne przetargi na świadczenie usług związanych ze sprzątaniem dworców i przystanków kolejowych, natomiast obecnie, przetarg prowadzony jest przez Zamawiających wspólnie. Powyższe – jego zdaniem oznacza to, że mamy w niniejszym postępowaniu do czynienia z tzw. efektem skali, tj. połączeniem obu powierzchni, które wymagają czyszczenia a są zarządzane przez dwa odrębne podmioty. Ponadto zwrócił uwagę, że znaczący wzrost powierzchni objęty zakresem zamówienia nie jest równoznaczny ze znaczącym wzrostem czynności czy zaangażowania ekipy sprzątającej, gdyż sam wzrost powierzchni opisanej w SIWZ nie przekłada się na proporcjonalny wzrost pracy wykonawcy usług. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia prowadzi do wniosku, że jednym z głównych elementów, który spowodował znaczące zwiększenie powierzchni objętej zamówieniem jest sprzątanie torowiska, międzytorzy itp., które chociaż obejmuje znaczącą powierzchnię, to jednak jego bieżące sprzątanie wymaga prostych czynności i małych nakładów pracy (tzn. polega na usunięciu śmieci leżących na torowisku - nie wymaga natomiast specjalistycznych maszyn,

urządzeń, użycia środków czystości oraz wykonywania znacznej ilości czynności przez pracowników firmy sprzątajacej). W związku z powyższym według Zamawiającego nie można zgodzić się z tezą stawianą przez Odwołującego, iż wzrost powierzchni objętej usługą czyszczenia przekłada się na wzrost wynagrodzenia. Kluczowe w tym wypadku jest bowiem częstotliwość świadczenia usług przy dużych powierzchniach do sprząkania (parkingów, torów) oraz rodzaj czynności i nakład pracy, który musi być przy nich realizowany. W ocenie Zamawiającego, najkorzystniejsza oferta odzwierciedla uwzględniając określony w SIWZ zakres obowiązków, przedstawia realne koszty, jakie musi ponieść Wykonawca świadcząc zamawiane usługi. Zamawiający zwrócił też uwagę, że zgodnie z przedstawioną przez Odwołującego koncepcją, również jego oferta cenowa w wysokości 2 858 637 zł zawiera cenę rażąco niską i nieadekwatną do zakresu zamówienia, jeżeli bowiem jak twierdzi Odwołujący zakres zamówienia zwiększył się o 90 %, to również zaoferowana przez niego cena powinna ulec proporcjonalnemu zwiększeniu. Tymczasem, w niniejszym postępowaniu Odwołujący złożył ofertę, której cena nie wskazuje na przyjęcie 90% wzrostu ceny w porównaniu do dotychczas stosowanych cen. Za chybione Zamawiający uznał też stanowisko Odwołującego, iż skoro posiada on widzę i doświadczenie w realizacji przedmiotu zamówienia - Zadania 1, tylko jego kalkulacja ceny jest prawidłowa.

Co do zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji wskazał, że Odwołujący nie podał, w jaki sposób zaoferowanie ceny przez Przystępującego stanowi o celowym utrudnieniu dostępu innym przedsiębiorcom do rynku. Na poparcie swojego stanowiska powołał się na wyrok KIO (sygn. akt: KIO 128/13).

Co do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 8 ustawy Pzp Zamawiający podkreślił, że zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa powinno znajdować oparcie w przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Także powołał się na art. 11 ust. 4 tej ustawy oraz wyrok Sądu Najwyższego z 3 października 2000 r. (sygn. akt: I CKN 304/00). Zdaniem Zamawiającego wykaz usług oraz referencje załączone do oferty Przystępującego nie powinny ulec odtajnieniu. Wskazał, iż usługi wskazane w wykazie Przystępującego spełniają przesłanki objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa, dotyczą one bowiem umów o świadczenie usług, które zgodnie z przepisami prawa nie zostały zawarte w trybie zamówień publicznych. Podkreślił, że informacje o kontrahencie handlowym stanowią informacje o charakterze organizacyjnym posiadającą wartość gospodarczą, bowiem dotyczą komercyjnej strony przedsiębiorstwa i choć nie są bezpośrednio powiązane z procesem produkcji, posiadają wartość gospodarczą i z tego tytułu podlegają ochronie. Powołał się na orzecznictwo sądu antymonopolowego (postanowienie z dnia 30 października 1996 r., sygn. akt: XVII Amz 1/96, postanowienie z dnia 15 maja 1996 r., sygn. akt: XVII Amz 2/96, postanowienie z dnia 15 maja 1996 r., sygn. akt: XVII Amz 3/96), wskazując że dane

dotyczące źródeł zaopatrzenia i zbytu (czyli odbiorców usług) zostały uznane za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a w konsekwencji za niepodlegające udostępnieniu osobom trzecim w przypadku ich zastrzeżenia przez przedsiębiorcę, a są to dane, z których wypływają podstawowe działania związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Na poparcie swojej argumentacji przywołał orzecznictwo KIO (wyrok z dnia 13 maja 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 667/10 oraz z dnia 19 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1400/10 i 1401/10).

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko w sprawie.

III. Stanowisko Przystępującego

Przystępujący złożył przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wskazując, że odwołanie jest niezasadne.

Co do zarzutów związanych z rażąco niską ceną Przystępujący podkreślił, że w uzasadnieniu odwołania Odwołujący nie rozwinął myśli dotyczącej rzekomej nieważności oferty Przystępującego.

Podkreślił, że Odwołujący nie sprostął obowiązkowi udowodnienia ceny rażąco niskiej podnosząc taki zarzut w odwołaniu. Odnosząc się do argumentów Odwołującego o rażąco niskiej cenie Przystępującego, tj., iż:

- 1) cena zaoferowana przez Przystępującego, jest o 36% niższa od pierwotnie zakładanej przez Zamawiającego wartości przedmiotu zamówienia;
- 2) cena zaoferowana przez Przystępującego jest jedynie o 9,5% wyższa niż obecne wynagrodzenie Odwołującego, podczas gdy wzrost powierzchni objętych zamówieniem publicznym, ma wynosić ok. 90%,

Przystępujący podkreślił, że fakt istnienia różnicy pomiędzy szacowaną wartością zamówienia, a ceną zaoferowaną przez niego, nie stanowi dowodu, iż zaproponowana cena jest rażąco niska. Zamawiający nie jest bowiem podmiotem prowadzącym działalność w zakresie usług utrzymania czystości, w związku z czym nie posiada specjalistycznych informacji, a przede wszystkim gruntownej znajomości rynku, które pozwoliłyby mu na wyczerpujące ustalenie wartości zamówienia. Kwoty podane przez Zamawiającego – jego zdaniem - będą zatem miały zawsze charakter orientacyjny, ustalony między innymi na podstawie cen podobnych usług świadczonych na rzecz Zamawiającego, czy też obecnych cen za usługi stanowiące przedmiot zamówienia. Podkreślił, że nie sposób ustalać cen na rynku właściwym (rynek warszawski) w oparciu o stawki obowiązujące w innych miejscowościach - chociażby z uwagi na zróżnicowaną konkurencję na tych rynkach czy też odległość od centrów operacyjnych wykonawców. Według niego także wartość obecnie wykonywanych umów na rzecz Zamawiającego, nie odzwierciedla kosztów ich wykonania - w szczególności nie wiadomo bowiem, jak wysoka jest marża wykonawcy, którą to część

ceny można skutecznie obniżać w ramach ubiegania się o zamówienie publiczne. Podobnie taktuje on koszty wykonywania usługi przez obecnego wykonawcę - współdecydujące o wysokości jego wynagrodzenia, które w jego ocenie nie stanowią niepodważalnej wytycznej - inni wykonawcy mogą wykonywać te same usługi przy niższych kosztach własnych, jeżeli dysponują lepszym modelem biznesowym, tańszymi źródłami zaopatrzenia itp. Co za tym idzie, w ocenie Przystępującego szacowana wartość zamówienia, nie może być uznana za wartość, poniżej której każda z zaoferowanych cen jest ceną rażąco niską, a gdyby przyjąć punkt widzenia Odwołującego, to również jego oferta opiewa na kwotę o ponad 1 mln zł niższą niż szacowana wartość zamówienia.

Co do argumentu Odwołującego, że jako podmiot posiadający wieloletnie doświadczenie, jest w stanie ocenić ofertę Przystępującego, stwierdzając iż jest ona rażąco niska Przystępujący podkreślił, że również posiada duże doświadczenie na rynku usług utrzymania czystości i jako renomowany przedsiębiorca, potrafi w wystarczający sposób skalkulować koszt wykonywanej przez siebie usługi. Fakt, że Odwołujący zadeklarował gotowość wykonania usługi w danej cenie, wyższej od tej zaoferowanej przez Przystępującego, jego zdaniem, nie może przesądzać, że cena zaoferowana przez Odwołującego jest najniższą możliwą do osiągnięcia. Podkreślił, że, dokonując powyższej oceny, Odwołujący bazuje na swoich kosztach pracy, jej organizacji, modelu prowadzenia działalności gospodarczej, kosztach zaopatrzenia, czy wreszcie wysokości planowanego zysku, a wartości te mogą być zupełnie odmienne w przypadku Przystępującego, umożliwiając mu złożenie korzystniejszej cenowo oferty. Zwrócił uwagę na to, że Odwołujący nie zna konkretnych elementów cenotwórczych występujących w działalności Przystępującego, które stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, dlatego ocenia cenę zaoferowaną przez niego, według zmiennych właściwych dla Odwołującego - co jest działaniem nieprzydatnym na gruncie niniejszego postępowania. To, że Odwołujący, posługujący się konkretnymi rozwiązaniami biznesowymi, nie jest w stanie zaoferować ceny na poziomie Przystępującego albo nie chce zgodzić się na marżę zysku założoną przez niego - nie oznacza to jednak, że inne podmioty nie są w stanie tego zrobić, bowiem z żadnych okoliczności nie wynika, że działalność Odwołującego jest wzorem efektywności ekonomicznej, według którego należy oceniać inne podmioty - co usiłuje przeforsować Odwołujący na gruncie niniejszej sprawy.

Co do kwestii wzrostu ceny za oferowane usługi na poziomie 9,5% przy jednoczesnym wzroście powierzchni do sprzątnięcia na poziomie 90%, Przystępujący wskazał wzrost powierzchni obsługiwanych w ramach usługi, nie jest jednorodny: wzrost powierzchni wewnętrznych, z którymi wiąże się najwięcej pracy, a co za tym idzie kosztów własnych wykonawców -wynosi zaledwie 10% i w tym zakresie znajduje niemal pełne odzwierciedlenie we wzroście oczekiwanego przez Przystępującego wynagrodzenia. Pozostała część tego

wzrostu, dotyczy terenów zewnętrznych, których obsługa jest znacznie mniej kosztochłonna. Dla wartości usługi kluczowe znaczenie mają również takie aspekty jak rodzaj prac, ich częstotliwość itp., a przede wszystkim - koszt ich wykonania ponoszony przez wykonawcę, zależny w dużej mierze od przyjętego modelu biznesowego, wydajności pracowników i sprzętu, stosowanych technologii i tym podobnych elementów, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa każdego z wykonawców. Tak więc, jego zdaniem, nie można stawiać tezy, iż globalny wzrost powierzchni objętych usługą o 90%, powinien się przekładać na wzrost wynagrodzenia w takim samym zakresie, a przeczy temu chociażby wartość zamówienia szacowana przez Zamawiającego.

Podkreślił, iż udowodnienie Przystępującemu, że oferowana przez niego cena jest rażąco niska, wymaga w pierwszej kolejności odniesienia jej, do kosztów wykonania usługi, z uwzględnieniem jej charakteru, intensywności, koniecznych inwestycji w zaplecze techniczne, kosztów pracowniczych itp. - czego Odwołujący nie próbuje zrobić, tymczasem to na Odwołującym w tym zakresie spoczywa ciężar dowodu. Podniósł, że zgodnie z orzecznictwem KIO sam fakt, że cena zaoferowana przez wykonawcę jest niższa od wartości szacunkowej, wartości, jaką zamawiający ma przeznaczyć na wykonanie przedmiotu zamówienia lub jest niższa od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców nie jest wystarczający do uznania danej ceny za rażąco niską (KIO z dnia 20 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 676/12).

Co do zarzutów dotyczących naruszenia art. 8 ustawy Pzp Przystępujący podkreślił, że w złożonej ofercie zastrzegł poufność oferty co do wykazu, zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie ze wspomnianym przepisem, w stosunku do informacji, co do których wykonawca zastrzegł ich nieujawnianie, Zamawiającego obowiązuje zakaz ich ujawnienia. Zgodził się z rozważaniami Odwołującego, dotyczącymi zasady jawności i jej znaczenia dla zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołał się również do art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wykazując wypełnienie wszystkich przesłanek, o których mowa w tym przepisie dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa. Wskazał, że dokonał zastrzeżenia poufności wraz ze złożeniem oferty. Podkreślił, że dokonanie zastrzeżenia poufności zostało podyktowane obowiązkiem zachowania poufności przez Przystępującego w stosunku usług wymienionych w wykazie załączonym do oferty, który to obowiązek zachowania poufności wynika wprost z treści umów zawartych pomiędzy Przystępującym a zleceniodawcą. Zwrócił uwagę na to, że w przypadku usług świadczonych na rzecz podmiotów prywatnych, obowiązek zachowania tajemnicy handlowej w odniesieniu do zawartych i realizowanych umów jest praktyką powszechną. Zwrócił uwagę na to, że w przypadku zastrzeżenia poufności wykazu świadczonych usług nie chodzi przy tym o sam fakt wykonywania usług na rzecz konkretnego podmiotu, ale o kwestie wzajemnych rozliczeń, ceny, warunków płatności,

które to kwestie są możliwe do wyinterpretowania w drodze zestawienia danej usługi z wymogami SIWZ na gruncie niniejszego postępowania w zakresie wymaganego doświadczenia. Wykonawca zatem udostępniłby swoim konkurentom informację, że świadczył lub świadczy usługi na rzecz danego podmiotu, obejmujące daną powierzchnię i o określonej wartości - co może np. ułatwić konkurentom Przystępującego złożenie kontroferty. Według niego informacja o warunkach świadczenia usług na rzecz danego kontrahenta, może być uznana za „inną, posiadającą znaczenie gospodarcze” informację, która po spełnieniu dodatkowych przesłanek może zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, wskazując na otwarcie katalogu informacji, mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Powołał się na stanowisko doktryny w tym względzie („Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz.” pod red. M. Zbyd, LEX 2010). Powyższe, w jego ocenie, wskazuje, że informacje dotyczące danego kontraktu, w szczególności jego warunków finansowych, stanowią tajemnicę handlową przedsiębiorstwa, która mieści się w kryterium „innych informacji posiadających znaczenie gospodarcze”, zaś po spełnieniu dodatkowych przesłanek, może być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zwrócił uwagę, że o ile w przypadku usług, które są wykonywane w trybie zamówienia publicznego, pewne informacje mogą być jawne, w tym w szczególności cena usług i ogólne warunki ich wykonywania (wynikające z umowy w sprawie zamówienia publicznego), o tyle w przypadku usług świadczonych na rzecz podmiotów prywatnych, stronom przysługuje pełne prawo do zachowania tajemnicy w zakresie wzajemnych rozliczeń. W tym aspekcie, informacje, których poufność została zastrzeżona przez Przystępującego nie są przeznaczone do publicznej wiadomości, co jest zgodne z obowiązującymi przepisami, i nie są znane podmiotom trzecim. Podkreślił, że podjął w tym zakresie działania zmierzające do zachowania poufności informacji utajnionych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności, warunki na jakich wykonywane są usługi na rzecz zleceniodawcy znają tylko wybrani pracownicy Przystępującego, którzy zobowiązani są do ich nieujawniania, Przystępujący także nie udostępnia tych wiadomości podmiotom zewnętrznym.

W toku rozprawy Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko w pełnym zakresie, dodatkowo składając jako dowód w sprawie umowę z dnia 1 lipca 2010 r., zwaną pomiędzy PKP S.A. a Przystępującym, wykazując, że on również ma doświadczenie w świadczeniu podobnych usług.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba ustaliła również, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Odwołujący, podnosząc zarzuty dotyczące czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji gdy jego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji rankingowej, wykazał swój uszczerbek w interesie polegającym na pozbawieniu go możliwości uzyskania przedmiotowe zamówienia publicznego. Powyższe stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba po weryfikacji warunków formalnych związanych ze zgłoszeniem przystąpienia do postępowania odwoławczego określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia do mniejszego postępowania odwoławczego wykonawcy Ever Grupa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie po stronie Zamawiającego.

Izba jako materiał dowodowy w sprawie przyjęła dokumentację z postępowania o zamówienie publiczne przesłaną do akt sprawy przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem oraz umowę z dnia 1 lipca 2010 r. zawartą pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym na świadczenie podobnych usług, co objęte niniejszym postępowaniem o zamówienie publiczne, przedłożoną w toku rozprawy przez Przystępującego, jak również stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone w toku tego postępowania.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do pierwszego zarzutu odwołania dotyczącego rażąco niskiej ceny Izba ustaliła, że Zamawiający określił w postępowaniu wartość szacunkową przedmiotu zamówienia na kwotę: 7 805 132, 26 zł netto. W ramach tych ustaleń Zamawiający przyjął też szacunek zamówienia dla każdej z jego części zamówienia oddzielnie, ustalając na zadanie nr 1 tę kwotę na poziomie: 2 566 836,79 zł netto, co stanowi równowartość 3 113 166,17 zł brutto.

Izba ustaliła też, że na otwarciu ofert Zamawiający podał kwotę: 7 513 075,21 zł brutto jako kwotę, którą ma zamiar przeznaczyć na sfinansowanie niniejszego zamówienia. Podał on wówczas również oddzielnie kwoty na sfinansowanie każdej z części zamówienia oddzielnie, wskazując kwotę: 3 939 049,69 zł brutto na sfinansowanie zadania nr 1.

Izba w oparciu o dokumentację z postępowania ustaliła również, że na zadanie nr 1 w postępowaniu wpłynęły trzy oferty:

- 1) oferta Przystępującego na kwotę 2 527 786,56 zł,
- 2) oferta Odwołującego na kwotę: 2 858 637,36 zł oraz
- 3) oferta wykonawcy Amlux Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na kwotę: 4 374 646,20 zł.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba stwierdziła, że zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego oraz podnoszony w tym zakresie również zarzut zaniechania wystąpienia przez Zamawiającego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny oraz zarzut czynu nieuczciwej konkurencji nie potwierdziły się.

W ocenie Izby Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że cena ofertowa Przystępującego co do zadania nr 1 pozostaje na znacznie odbiegającym od rzeczywistości poziomie, który uzasadniałby choćby wystąpienie przez Zamawiającego do tego wykonawcy z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Tymczasem to na Odwołującym, które z określonych faktów wywodzi konkretne skutki prawne dla Przystępującego oraz postępowania o zamówienie publiczne (odrzućenie oferty Przystępującego) spoczywa ciężar dowodowy.

Zdaniem Izby nie możemy w tym przypadku mówić o tym, że choćby powstało domniemanie rażąco niskiej ceny, wymagające wyjaśnienia przez wykonawcę w zakresie szczególnych elementów oferty, które mają wpływ na wysokość ceny i podania w tym względzie obiektywnych czynników, wskazujących w szczególności na wyjątkowo sprzyjające warunki dla Przystępującego związane z realizacją zamówienia. Na takie domniemanie rażąco niskiej ceny, które ewentualnie uzasadniałby wystąpienie przez

Zamawiającego do Przystępującego z żądaniem złożenia wyjaśnień, nie wskazują okoliczności przywołane w odwołaniu i podnoszone w toku rozprawy przez Odwołującego.

Odwołujący, wskazując na rażąco niską cenę w ofercie Przystępującego, odnosił ją przede wszystkim do kwoty podanej na otwarciu ofert przez Zamawiającego. Podkreślić należy, że kwota ta – zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp – stanowi określoną wartość pieniężną, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Kwota ta więc stanowi co najwyżej o środkach finansowych, które leżą w dyspozycji Zamawiającego i w których to środkach jest on zobowiązany zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego, o ile nie wystąpią okoliczności uzasadniające podwyższenie tych środków, a nie może unieważnić postępowania o zamówienie publiczne na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Kwota podawana na otwarciu ofert nie stanowi więc szacunku Zamawiającego przedmiotu zamówienia z należytą starannością. Tymczasem przy ocenie czy oferta zawiera rażąco niską cenę w pierwszej kolejności jej wartość należy odnieść – stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - do przedmiotu zamówienia, tj. wartości przedmiotu zamówienia. Wartość przedmiotu zamówienia z kolei ustalana jest przez Zamawiającego z należytą starannością – stosownie do dyspozycji art. 32 ust. 1 ustawy Pzp. Wartość ta jest przez Zamawiającego ustalana przed wszczęciem postępowania o zamówienie publiczne przede wszystkim w kontekście ustalenia, w jakich procedurach dane zamówienie ma być prowadzone. Ta wartość, przy założeniu ustalenia jej z należytą starannością, odpowiednio powiększona o wartość podatku od towarów i usług, powinna stanowić punkt odniesienia wykonawcy, który próbuje wykazywać rażąco niską cenę w ofercie konkurenta. W przedmiotowej sprawie taka próba odnoszenia przez Odwołującego wartości oferty Przystępującego do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia ujawnionej w załącznikach do protokołu z postępowania o zamówienie publiczne nie została w ogóle podjęta. Odwołujący nie kwestionował też w żaden sposób szacunku dokonanego przez Zamawiającego.

Niezależnie od braku wykazania powyższego przez Odwołującego, w ocenie Izby, odniesienie wartości ofert do podstawowego wyznacznika jakim jest wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia, nie wskazuje na określenie ceny oferty Przystępującego za zadanie nr 1 na rażąco niskim poziomie, tj. rażąco odbiegającej od tej wartości, a więc ceny nierealistycznej. Okoliczność, że cena ta jest niższa, ale zbliżona do szacunku Zamawiającego, sama w sobie nie wskazuje jeszcze na domniemanie rażąco niskiej ceny.

Odnosząc cenę oferty Przystępującego do drugiego z czynników, które należałoby oceniać w kontekście ceny rażąco niskiej, tj. do wartości ofert złożonych w postępowaniu, Izba tym bardziej nie znalazła potwierdzenia, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską w ofercie Przystępującego, albo przynajmniej z jej domniemanem. Cena zaproponowana w

zakresie zadania nr 1 przez Odwołującego jest zbliżona do ceny ofertowej Przystępującego i również nieznacznie odbiega od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia powiększonej o VAT. Druga z zaproponowanych cen ofertowych znacznie odbiega zarówno od dwóch pozostałych ofert, jak i wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia - jest ceną znacznie wyższą. Powyższe jednak w postępowaniach o zamówienie publiczne jest pewnym standardem, że jakaś oferta, bądź część ofert, w sposób znaczący będzie odbiegała „w górę” od cen innych wykonawców i szacunku zamawiającego.

Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie podjął też próby odniesienia ceny ofertowej Przystępującego do innego wyznacznika oceny ofert w tym zakresie, tj. cen rynkowych. Argument pojawiający się w odwołaniu o tym, iż cena zaproponowana przez Przystępującego pomimo zwiększenia w tym postępowaniu przez Zamawiającego zakresu przedmiotowego zamówienia pozostaje de facto na tym samym poziomie - zdaniem Izby nie zasługuje na uwzględnienie. Sam Odwołujący wskazał, że wartość realizowanej obecnie usługi na rzecz Zamawiającego wynosi około 190 000 zł miesięcznie, tymczasem oferta Przystępującego w aktualnym postępowaniu opiewa na kwotę 210 000 zł miesięcznie. Tym samym Przystępującym złożył ofertę nieznacznie wyższą od aktualnie ponoszonych w tym zakresie kosztów przez Zamawiającego na świadczenie usługi objętej przedmiotem zamówienia. Argument o znacznym zwiększeniu zakresu powierzchni, która aktualnie objęta jest zamówieniem nie przesądza o rażąco niskiej cenie. Jak słusznie wskazał Zamawiający i Przystępujący nie można wprost dokonywać prostego porównania tych dwóch rodzajów usług świadczonych w równym czasie i na różnych warunkach, tym bardziej, że w przedmiotowym postępowaniu w odróżnieniu od poprzedniego postępowania mamy do czynienia ze wspólnym prowadzeniem postępowania o zamówienie publiczne przez dwóch Zamawiających oraz – jak wskazał Zamawiający – przy opisie przedmiotu zamówienia zastosowano inny sposób opisu przedmiotu zamówienia niż dotychczas, co mogło w sposób znaczący wpłynąć na wycenę swojego wynagrodzenia przez wykonawców w niniejszym postępowaniu. Poza tym zasadnym jest argument Zamawiającego i Przystępującego o tym, że dodatkowa powierzchnia, którą ujęto w ramach niniejszego postępowania o zamówienie publiczne, nie powoduje znacznego zwiększenia kosztów związanych z wykonywaniem usług, ponieważ są to przede wszystkim tereny zewnętrzne.

Co do argumentu podnoszonego w toku rozprawy, iż Zamawiający w innej części zamówienia występował do Odwołującego z wnioskiem o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny przy podobnej różnicy ceny ofertowej w kontekście kwoty podanej na otwarciu ofert i różnicy cenowej z pozostałymi wykonawcami, Izba uznała ten argument za bezprzedmiotowy. Ocena rażąco niskiej ceny w tym zakresie powinna odbywać się odrębnie w każdej z części zamówienia, na którą składane były odrębne oferty przez wykonawców i co do których

Zamawiający określił odrębny zakres świadczenia usługi, a także odrębnie oszacował wartość tych części zamówienia.

Z tych też względów podniesione w tym zakresie zarzuty odwołania Izba uznała za niezasadne.

Odnosząc się do drugiego zarzutów odwołania, tj. zaniechania odtajnienia oferty Przystępującego Izba uznała zarzut za niezasadny. Izba ustaliła w tym względzie, że objęty tajemnicą przedsiębiorstwa w ofercie Przystępującego został wykaz usług złożony na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz referencje potwierdzające należyte wykonanie tych usług. Izba ustaliła, że wykazywane przez Przystępującego usługi wykonywane były na rzecz podmiotów prywatnych i nie były to usługi, których wykonanie zostało zlecone w trybie ustawy Pzp. Zdaniem Izby informacje tam zawarte posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa o której stanowi art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wszystkie elementy tajemnicy przedsiębiorstwa, na które wskazuje się w tym przepisie oraz w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (sygn. akt: I CKN 304/00) zostały wypełnione. Tak więc Izba stwierdziła, że informacja ma charakter organizacyjny przedsiębiorstwa i w tym zakresie podsiada dla niego wartość gospodarczą, informacja ta nie została podana do publicznej wiadomości, co również zweryfikował Zamawiający poprzez powszechnie dostępne narzędzie, jakim jest przeglądarka Internet oraz podjęto w stosunku do niej określone działania mające na celu zachowanie tej informacji w poufności, na co wskazywał Przystępującym w swoim zgłoszeniu przystąpienia, podając, że informacje zabezpieczono odpowiednimi klauzulami umownymi w tym z pracownikami Przystępującego.

Na marginesie Izba stwierdziła również, że żądanie Odwołującego odrzucenia oferty Przystępującego z powodu niezasadnego – jego zdaniem - objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych informacji jest nieuprawnione. Wskazując na bezprawne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca powinien żądać – zgodnie z wytyczną interpretacyjną zawartą w tym zakresie w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt: III CZP 74/05 – odtajnienia oferty konkurenta przez Zamawiającego, a nie odrzucenia jego oferty jako sprzecznej z ustawą Pzp (art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), czy tym bardziej nieważną na podstawie odrębnych przepisów (art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp).

Z tych też względów podniesione w tym zakresie zarzuty odwołania Izba uznała za niezasadne.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła stosownie do regulacji zawartej w § 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz – stosownie do § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 zł.

Przewodniczący: