

WYROK

z dnia 4 września 2020r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawach w dniach 31 lipca, 13 sierpnia oraz 31 sierpnia 2020r. w Warszawie odwołań:

- A. w dniu 6 lipca 2020 r. przez wykonawcę Fagus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (KIO 1502/20)**
- B. w dniu 6 lipca 2020 r. przez wykonawcę Konsorcjum: POLSUPER Sp. z o.o., AG COMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie (KIO 1514/20)**
- C. w dniu 6 lipca 2020 r. przez wykonawcę Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (KIO 1534/20)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie**

przy udziale:

- A. wykonawcy FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1502/20, KIO 1534/20 po stronie zamawiającego**
- B. przy udziale wykonawcy Fagus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1534/20 po stronie zamawiającego**

orzeka:

1. umarza postępowanie w sprawie KIO 1502/20 w zakresie zarzutów dotyczących wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o., P. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą

Sygn. akt KIO 1502/20, KIO 1514/20, KIO 1534/20

Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P. z siedzibą lidera we Wrocławiu uwzględnionego przez Zamawiającego;

2. w pozostałym zakresie oddała odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1502/20;
3. oddała odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1514/20
4. uwzględnia odwołanie wykonawcy Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w zakresie dotyczącym zarzutu nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P. i nakazuje odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp.
5. oddała odwołanie KIO 1534/20 w pozostałym zakresie;
6. kosztami postępowania w sprawach KIO 1502/20 oraz KIO 1514/20 obciąża Odwołujących i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł (słownie: trzydzieści tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołujących w sprawach KIO 1502/20, KIO 1514/20 tytułem wpisu od odwołania;
 - 4.2. zasądza od Odwołujących w sprawach KIO 1502/20 oraz KIO 1514/20 na rzecz Zamawiającego kwotę po 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych), tj. łącznie 7 200 zł (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w sprawach KIO 1502/20 oraz KIO 1514/20.
7. kosztami postępowania w sprawie KIO 1534/20 obciąża w 1/8 Zamawiającego natomiast w 7/8 Odwołującego i:
 - 7.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 22 200 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia dwa tysiące dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 7.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 2775 (słownie: dwa tysiące siedemset siedemdziesiąt pięć złotych).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Oczyszczania Miasto prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2019 r., poz. 1843 ze zm.; dalej: „ustawa” lub „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Ręczne oczyszczanie na terenie m. st. Warszawy”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 kwietnia 2020r., pod numerem 2020/S 068-161842.

KIO 1502/20

W dniu 6 lipca 2020r. wykonawca Fagus sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Odwołujący lub Fagus) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie dotyczące części IX/rejon IX zamówienia, w którym zarzucił Zamawiającemu:

- a) brak weryfikacji ofert złożonych w toku aukcji elektronicznej przez:
 - 1) Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P. (dalej: „Konsorcjum PUW”), którego oferta, jako najkorzystniejsza została wybrana, a także
 - 2) FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „FBSerwis”, „Przystępujący FBSerwis”), w postaci zaniechania odrzucenia w przetargu podmiotów składających wymienione oferty z oczywiście rażąco niską ceną, a ponadto
- b) braku reakcji przewidzianej w art. 26 ust. 3 Pzp, na brak wyjaśnień usuwających wątpliwości dotyczące rażąco niskiej ceny w złożonej ofercie przez wykonawcę FBSerwis, składanych na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny, a przedstawionych dnia 29 maja 2020 r.

- co narusza:

- 1. art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm.; dalej: „u.z.n.k.”) poprzez uznanie, że informacje złożone przez FBSerwis i zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy nie wypełniły się przesłanki niezbędne dla możliwości uznania informacji za taką tajemnicę;

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz 90 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert mimo tego, że zawiera cenę rażąco niską (wykonawca nie wykazał, że oferta tej ceny nie zawiera);

3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 u.z.n.k. w zw. z art. 91b ust. 1 Pzp poprzez nieodrzućenie ofert Konsorcjum PUW oraz FBSerwis, których cena ofert w aukcji elektronicznej stanowią czyn nieuczciwej konkurencji i zamierzenie realizacji zamówienia poniżej kosztów;

4. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niezapewnienie uczciwej konkurencji poprzez zaniechania obligatoryjnych działań przez Zamawiającego, który to zarzut jest konsekwencją powyższych zarzutów.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert Konsorcjum oraz FBSerwis;
- nakazanie Zamawiającemu odtajnienia informacji zastrzeżonych przez FBSerwis w wyjaśnieniach z dnia 29 maja 2020 r;
- powtórna ocenę ofert w kryteriach oceny bez uwzględniania ofert wymienionych w pkt 2 podmiotów.

Odwołujący¹ wskazał, że w złożonych w dniu 29 maja 2020r. wyjaśnieniach FBSerwis zapewnił, iż uwzględnił wszystkie elementy i wymagania Zamawiającego. Ponadto wskazał, iż zawarte w nich, a zwłaszcza w załącznikach informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co dotyczy zwłaszcza czynników mających wpływ na wysokość ceny oraz zapewniających możliwość obniżenia ceny ofertowej (w szczególności takich jak unikalna wiedza, know-how, doświadczenie grupy kapitałowej Ferrovial, wraz ze szczególnymi informacjami dotyczącymi stosowanych metod wymiany kompetencji pomiędzy tworzącymi grupę spółkami, siły zakupowej Budimex S. A., możliwości korzystania z zasobów magazynowych wym. spółki, dostępu do specjalistów, bazy dostawców i wykonawców, poziomu uzyskiwanych rabatów wynikających z ogromnego wolumenu zakupów dokonywanych na poziomie grupy, uzyskiwanej synergii operacyjnej w związku z realizacją innych, podobnych rodzajowo zamówień w tym rejonie geograficznym oraz doskonałej znajomości drogi stanowiącej przedmiot zamówienia, kosztów wykonania usługi w postaci podstawowych założeń kalkulacji przy kalkulowaniu ceny ofertowej, poziomu wynagrodzeń, w związku z warunkami rynkowymi w kontekście sytuacji panującej na rynku pracy w nadchodzącym czasie, posiadanych zapasów magazynowych soli, uzyskiwanych

atrakcyjnych cen paliwa, czynników, które pozwoliły na zminimalizowanie ryzyka wzrostu cen materiałów w postaci centralizacji zakupów, wykorzystywania zgromadzonych zasobów magazynowych oraz dostępnych jednostek sprzętowych, synergii operacyjnej, współpracy z dostawcą ogrodzenia autostradowego oraz furtek cen. Powyższe w sposób precyzyjny obrazuje sposób działania Wykonawcy na rynku, a ujawnienie ich „zaburzałoby tym samym prawidłową konkurencję na rynku usług i robót drogowych dotyczących infrastruktury drogowej”. Na stronie 6 wyjaśnienia wskazano między innymi na stosowanie w spółce kontroli dostępu, posiadanie sejfu, certyfikatu potwierdzającego spełnianie przez dostawcę usług informatycznych wymagań normy ISO 27001:2003 dotyczącej systemów zarządzania bezpieczeństwem informacji oraz certyfikatów bezpieczeństwa przemysłowego, regulaminu pracy i kodeksu etycznego obowiązującego w spółce. FBSerwis stwierdził tym samym, iż przekazanie bardziej szczegółowych informacji o rozwiązaniach dotyczących elementów oferty, kalkulacji ceny, kosztów pracy i innych cenotwórczych nie jest możliwe. FBSerwis podkreślił też, że zaproponowana przez niego cena wynika z przyczyn wskazywanych wyżej, a ponadto z tego, iż spółka FERROVIAL S. A. jest notowana na madryckiej giełdzie papierów wartościowych oraz uwzględniona w prestiżowych indeksach Dow Jones Sustainability, FTSE4Good i Ethibel, skupia wiodące na arenie międzynarodowej spółki prowadzące działalność w obszarach konstrukcyjno-budowlanym, zarządzania autostradami i lotniskami, zatrudnia 90 000 pracowników. Roboty budowlane z powodzeniem realizowane są na rynkach hiszpańskim, portugalskim, brytyjskim, chilijskim i katarskim. Dowodem na to jest załączony do wyjaśnień „certyfikat potwierdzający ukończenie szkolenia na pracowników Wykonawcy”. Kolejny załącznik ilustruje, iż Budimex S. A. realizuje projekty drogowe, obejmujące budowę i modernizację autostrad, dróg ekspresowych, obwodnic, tras i ulic miast oraz mostów, wiaduktów i estakad. Kolejny załącznik ilustruje umowy na konserwację i naprawę infrastruktury przystankowej, konserwację oświetlenia ulicznego, serwisu i remontów systemów, instalacji i urządzeń elektroenergetycznych, w tym w Sądzie Najwyższym w Warszawie. Opisując synergię operacyjną dotyczącą możliwości kierowania w razie potrzeby pojazdów i sprzętu oraz kwalifikowanych pracowników fizycznych (w tym kierowców) oferent nie ujawnił w tabelach danych, które ilustrowałyby wspomniane twierdzenie (strona 13). Istotna informacja zawarta jest na stronie 14, polegająca na wskazaniu na fakturę zakupu soli drogowej i inwentaryzację zapasów (załącznik nr 4). Strony 14 i 15 zawierają puste (zapewne niejawnie) tabelki, zaś na stronie 18 wskazano na dowód - załącznik nr 5 w postaci kalkulacji zestawienia kosztów oraz założeń dot. zysku dla części IV, V, VIII, IX.

Tamże wskazano stawkę wynagrodzenia wypłacanego pracownikom fizycznym, wyższą niż wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Odwołujący¹ odnosząc się do treści wyjaśnienia złożonego przez FBService wskazał, że w znacznej części omija ona merytorycznie zakres wyjaśnień w przedmiotowej sprawie. Mianowicie możliwości operacyjne i sukcesy w zakresie budowy dróg, autostrad, wiaduktów itp. w przypadku firmy Budimex S. A. w żadnym razie nie pokrywają się z przedmiotem zamówienia. Na kształtowanie się cen nie ma także wpływu prestiż spółki FERROVIAL S. A., sukcesy na rynku chilijskim ani notowania na giełdzie. Są to niewątpliwe referencje, nieprzewidziane jednak w punktacji niniejszego przetargu. Jednakże Odwołujący¹ wskazał, że oprócz szeroko opisanych w wyjaśnieniu przyczyn uznawania szeregu informacji za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, posiadanego potencjału w zakresie budowy autostrad oraz dorobku judykatury w zakresie kształtowania pojęcia „rażąco niskiej ceny” zabrakło jednak opisu: 1) kosztów Personelu, w szczególności w kontekście koniecznych do realizacji zadania roboczogodzin i ilości osób niezbędnych do wykonywania prac bezpośrednio na miejscu (pracowników fizycznych), 2) ogólnych kosztów obsługi, 3) kosztów transportu i łączności, z wyliczeniem ilości urządzeń, kilometrów, średniego spalania, 4) kosztów zabezpieczenia należytego wykonania umowy, 5) kosztów polisy OC, 6) kosztów na nieprzewidziane wydatki, 7) marży na koszty ogólne oraz 8) zysku. Wszystkie z wymienionych elementów podlegają oczywiście rozbiciu na dodatkowe, konkretyzujące elementy. W ten sposób według FAGUS ujawniłoby się, jaki procentowo udział w kosztach ma posiadana w magazynach sól, ale także ustalenie czy FBService uwzględnił inne materiały niezbędne do wykonania umowy, niebędące materiałami budowlanymi. Odwołujący¹ wyjaśnił, że dzięki posiadaniu doświadczenia w obszarze objętym zamówieniem, znacznych powierzchni magazynowych, typowych do wykonywania zadania maszyn i urządzeń, znaczących rabatów posiadanych dzięki funkcjonowaniu od wielu lat w obszarze objętym zamówieniem i dokonywaniu zakupów na potrzeby wielu realizowanych zamówień jest w stanie, a raczej mógłby wykazywać błędy lub nieścisłości w wyliczeniach, gdyby je jednak ujawniono. Według Odwołującego¹ nie można uznawać za tajemnicę przedsiębiorstwa danych, które w elementarnym zakresie pozwalają na weryfikację czy przestrzegane są zasady uczciwej konkurencji a podawana kalkulacja cenowa jest wiarygodna, co do zasady. Odwołujący¹ podkreślił, że w jawnej części wyjaśnień nie odniesiono się do wielu ze wskazanych wyżej, konkretnych wyliczeń i kosztów. Większość wyjaśnień stanowią rozważania o prawnym charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa, pojęcia rażąco niskiej ceny itp.

Odwołujący¹ zarzucił, że w niniejszej sprawie Zamawiający nie przeanalizował czy w stosunku do informacji, których poufność oferent zastrzegł nastąpiło kumulatywne ziszczenie się przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. oraz 8 ust. 3 Pzp. Jego zdaniem w niniejszej sprawie brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych dla odstąpienia od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nieudostępnienia informacji. FBSerwis użył ogólnych twierdzeń stanowiących jedynie wybieg celem uniemożliwienia przeprowadzenia rzetelnej i krytycznej analizy podawanych twierdzeń. Dowodem na to jest choćby ujmowanie informacji i twierdzeń w „wyjaśnieniach” niepozostających w żadnym związku z niniejszym przetargiem, a zwłaszcza z jakąkolwiek szkodą dla oferenta w razie ujawnienia dokonań w sektorze budowlanym na rynkach europejskich lub w Katarze. Nie znając treści merytorycznej części wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny nie można konkretnie formułować zastrzeżeń. Obecnie znane są tylko ogólne uzasadnienia dla przyjętych kwot za ogólne elementy kalkulacji ceny oferty. Odwołujący pozbawiony jest możliwości oceny w tym zakresie. Dopiero po udostępnieniu dokumentów możliwe będzie przeanalizowanie ich i skonstruowanie zarzutów. Kalkulacja kosztów musi odnosić się do konkretnych wyliczeń, wskazywać na źródła oszczędności. Żadną tajemnicą nie może być możliwość korzystania z własnego parku maszynowego, optymalizacji w ramach własnego przedsiębiorstwa lub w związku z innymi realizowanymi zamówieniami. Wskazać można, że przywoływane na potwierdzenie źródeł oszczędności umowy w żadnym przypadku nie uzasadniają i nie wskazują na możliwość oszczędności w realizacji zamówienia na utrzymanie czystości. Brak konkretnych liczb w „wyjaśnieniu” uniemożliwia weryfikację także i tej kwestii.

Odwołujący¹ wskazał kolejno, że w wyniku aukcji elektronicznej przetarg wygrało Konsorcjum PUW, które zaoferowało wykonanie zadania za kwotę 1 442 400 zł.

Z uwagi jednak na fakt, że na posiedzeniu Izby Zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego oferty Konsorcjum PUW, Izba odstąpiła od przytaczania zarzutów i argumentów Odwołującego 1 w stosunku do tego wykonawcy.

Końcowo Odwołujący¹ wskazał, że wymienione w odwołaniu podmioty dopuściły się nieuczciwej konkurencji poprzez zastosowanie rażąco niskiej ceny w toku aukcji elektronicznej. Oferty tych podmiotów są znacznie niższe niż obiektywne koszty realizacji zamówienia w sposób rzetelny i zgodny z treścią SIWZ.

Przystępujący FBSerwis w piśmie procesowym z dnia 30 lipca 2020r. wniósł o oddalenie odwołania. Na wstępie wskazał, że podniesione w odwołaniu okoliczności

faktyczne ściśle wyznaczają granice podniesionych zarzutów oraz granice kognicji Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszej sprawie. Okoliczności te stanowią podstawę faktyczną zarzutów, która w toku procedury odwoławczej nie może być rozszerzana, co wynika z art. 192 ust. 7 Pzp. W związku z powyższym ewentualne rozszerzenie przez Odwołującego na etapie postępowania odwoławczego faktycznej podstawy zarzutu poprzez np. wskazywanie nowych kosztów, rzekomo nieobjętych ceną ofertową Przystępującego bądź też przedstawianie nowych kalkulacji, wskazujących na takie dodatkowe (nie wskazane w odwołaniu) koszty realizacji zamówienia będzie działaniem nieprawidłowym, gdyż ocena prawna odwołania musi być dokonana wyłącznie w oparciu o te okoliczności faktyczne, które wskazane zostały w odwołaniu jako świadczące o zaniżeniu ceny ofertowej. Te zaś, w ocenie Przystępującego FBSerwis, do zakwestionowania prawidłowości jego oferty nie wystarczają.

Według FB podnoszone przez Odwołującego rzekome „braki” w wyjaśnieniach złożonych przez niego jakkolwiek „prawdziwe” w odniesieniu do „jawnej” części wyjaśnień, to jednak tracą swoją aktualność w zestawieniu ich z tą częścią wyjaśnień, która nie została przez Zamawiającego ujawniona. W szczególności zawarte tam zostały informacje dotyczące kosztów personelu (w tym czasu jego pracy), transportu (z wyliczeniem urządzeń, kilometrów oraz średniego spalania paliwa oraz zysk).

Przystępujący odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, jakoby argumenty podniesione w części jawnej (dotyczące np. doświadczenia Przystępującego, synergii, korzyści wynikających z przynależności do grupy Budimex i siły zakupowej tejże grupy) nie potwierdzały rynkowego charakteru ceny, wskazał, iż są one bezzasadne. Po pierwsze bowiem, nawet hipotetyczne ujęcie w wyjaśnieniach informacji, które zdaniem Odwołującego¹ nie wyjaśniają dostatecznie ceny ofertowej nie świadczyłyby o tym, aby całe wyjaśnienia miały być niewystarczające. Poza tymi elementami w wyjaśnieniach zawarty został cały szereg szczegółowych informacji, które dostatecznie cenę wyjaśniają. Po wtóre stwierdził, że wbrew stanowisku FAGUS informacje znajdujące się w części ogólnej nie mogą być potraktowane jako bez znaczenia w kontekście badania ceny. Wymaga tu bowiem zaznaczenia, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego FBSerwis mają charakter kompleksowy. W piśmie wyjaśniającym cenę szczegółowo bowiem wskazał dlaczego złożone wyjaśnienia stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, dlaczego proste porównanie cen ofertowych nie świadczy o rażącym zaniżeniu ceny, jakie czynniki i dlaczego oraz w jakim stopniu pozwalają ograniczyć koszty realizacji zamówienia, jakie koszty wykonania zamówienia i dlaczego (z uwagi na jakie przesłanki) przyjął Przystępujący kalkulując swoją cenę ofertową, jakie przyjął założenia kalkulacyjne przy szacowaniu ceny ofertowej,

kalkulacje kosztów zamówienia. Jakkolwiek czytanie poszczególnych fragmentów wyjaśnień w oderwaniu od pozostałych ich części mogło prowadzić Odwołującego¹ do wniosku, iż te fragmenty nie są przydatne do uzasadnienia wysokości ceny, o tyle już zestawienie ich z pozostałymi częściami powinno prowadzić do odmiennego wniosku. Fragmenty te (takie jak doświadczenie FBService, siła zakupowa jego grupy czy synergie i oszczędności wynikające z realizacji bądź zakończenia innych kontraktów) uzasadniały bowiem dalsze szczegółowe założenia kalkulacyjne i koszty realizacji zamówienia. Przykładowo, informacja o przynależności do grupy Ferrovial / Budimex wraz z informacją o uzyskanych rabatach i cenach paliwa miała istotne znaczenie w kontekście prezentowanych w dalszej części informacji o kosztach paliwa. Co więcej, została ona przedstawiona w powiązaniu z innymi, bardziej szczegółowymi danymi zaprezentowanymi w części dotyczącej założeń kalkulacyjnych (takimi jak np. spalanie paliwa przy określonej długości trasy oraz przyjętych długościach tychże tras) — które sam Odwołujący w treści Odwołania wskazuje jako istotne przy badaniu ceny.

Po trzecie zaś, to sam Zamawiający w wezwaniu skierowanym do Przystępującego FBService w dniu 26 maja 2020 r. prosił zarówno o zawarcie w wyjaśnieniach kalkulacji ceny ofertowej, jak i o wskazanie czynników mających istotny wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W ocenie FBService okoliczności takie jak doświadczenie i pozycja wykonawcy (oraz jego grupy kapitałowej na rynku), siła zakupowa oraz unikalna wiedza menadżerska są okolicznościami determinującymi możliwość zaoferowania cen na określonym poziomie. Jakkolwiek wpływ ww. okoliczności na cenę jest trudny do wyliczenia, jednakże jest wymierny. W powiązaniu z przedstawianymi w dalszej części wyjaśnień (niejawnej) ofertami, umowami i innymi dowodami oraz ze wskazanymi tam stawkami i założeniami kalkulacyjnymi okoliczności te pozwalają uzasadnić, dlaczego zaoferowana przez Przystępującego cena jest ceną rynkową.

Przystępujący FBService wskazał ponadto, że w decyzjach Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wśród kryteriów symultanicznie stosowanych do oceny i ustalenia charakteru rozpatrywanych nieuczciwych cen, zarówno nadmiernie wygórowanych, jak i rażąco niskich, podkreślana jest szczególna waga kryterium kosztowego. Jak zauważył Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w uzasadnieniu decyzji z dnia 31 grudnia 2013 r. Nr RGB-51/2013: „kwalifikacja, czy dana cena jest nieuczciwa, ma charakter ocenny i należy do orzecznictwa. Należy zatem odnieść się do metod ekonomicznych wskazanych we wcześniejszych rozważaniach. Prawidłowa ocena ustalenia ceny przez przedsiębiorcę dominującego wymaga zatem zbadania relacji przychody-koszty w danej

firmie lub w danym segmencie rynku. Wobec powyższego Prezes UOKiK przeprowadził kalkulację kosztów i przychodów świadczenia.

W stanie faktycznym ww. sprawy organ antymonopolowy przede wszystkim ustalił poziom kosztów zmiennych strony, przeciwko której wszczęto postępowanie, a cenę rażąco niską określał właśnie jako niepokrywającą kosztów zmiennych (kosztów zależnych od wielkości produkcji/usług). W uzasadnieniu decyzji, odwołując się do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazano m.in., iż wszystkie ceny niepokrywające kosztów zmiennych należy uznawać za nieuczciwe (tzw. predatory prices), ponieważ trudno znaleźć dla nich jakiegokolwiek inne wyjaśnienie niż tylko eliminacja konkurencji. Natomiast ceny mieszczące się powyżej kosztów zmiennych, ale poniżej kosztów całkowitych (sumy kosztów zmiennych i stałych), są generalnie dopuszczalne, chyba że zostaną przedstawione dodatkowe, a więc inne niż sam poziom ceny względem kosztów, dowody na to, że ceny te zostały podyktowane i ustalone w celu eliminacji konkurencji (Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w taki sposób wypowiedział się odnośnie do kwalifikacji kosztów dla stwierdzenia zaniżania cen jako pewnej praktyki antykonkurencyjnej w wyroku C-62/86 z dnia 3 lipca 1991 r. AKZO Chemie BV przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, a stanowisko swoje powtórzył w wyroku C-333/94 z dnia 14 listopada 1996 r. Tetra Pack International przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich; podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 25 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 178/15; KIO 197/15; KIO 198/15). W odniesieniu do badania kosztów działalności objętej ww. postępowaniem, w uzasadnieniu decyzji stwierdzono m.in., że w świetle badań rynkowych, kształtowanie cen za usługi przewozowe na otwartych, konkurencyjnych rynkach, co do zasady powinno odnosić się do bezpośrednich kosztów związanych z obsługą konkretnych linii, a przyjmowana taryfa powinna zapewniać pokrycie w całości kosztów zmiennych i pewnej części kosztów stałych. Nie można jednak wymagać pokrywania kosztów stałych bowiem przedsiębiorstwo w zależności od swojej pozycji konkurencyjnej i sytuacji rynkowej może w pewnych okresach stosować strategię „przetrwania”, analogicznie jak na innych rynkach i zadowalać się sytuacją, w której pokrywają swoje koszty zmienne.

Przystępujący FBSerwis wskazał ponadto, że nie był zobowiązany wykazywać osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia na jakimkolwiek poziomie. Jak bowiem słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu przywołanego wyroku z dnia 25 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 178/15; KIO 197/15; KIO 198/15 „Nie sposób przyjąć jakichkolwiek normatywnych progów i postulatów co do stopnia marży pokrycia, na poziomie której wykonawca powinien skalkulować swoją cenę (poza minimalnymi postulatami aby była to co najmniej ew. marża I stopnia, wynikającymi z przedstawionej wyżej kosztowej definicji

ceny rażąco niskiej). W szczególności trudno wskazać jakąś konkretną marżę II lub III stopnia jako powinna przy danym zamówieniu. Jak już podniesiono, podstawowym kosztowym kryterium definicyjnym ceny rażąco niskiej jest niepogarszanie przez daną sprzedaż (ofertę) wyniku finansowego przedsiębiorstwa. Tylko w tym zakresie normatywnie zapewniana jest uczciwość ceny oraz minimum jej racjonalności, i tylko w takim stopniu zabezpieczane są tu interesy zamawiającego. Natomiast na pytanie w jakim stopniu w świetle przepisów ustawy cena ofertowa miałaby poprawiać wynik finansowy przedsiębiorstwa i zbliżać je do przekroczenia progu rentowności odpowiedzieć nie sposób. Zresztą na pytanie to winni od odpowiadać sobie w każdym przypadku menadżerowie przedsiębiorstw przygotowujących oferty przetargowe a nie zamawiający w trakcie badania ceny." (por, również uzasadnienie wyroku Izby z dnia 25 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 178/15; KIO 197/15; KIO 198/15).

W związku z powyższym Przystępujący FB stwierdził, że dla wykazania prawidłowości jego ceny ofertowej wystarczające było wykazanie tylko kosztów zmiennych (bezpośrednich) a więc takich, które są generowane wyłącznie przez realizację czynności w ramach przedmiotu zamówienia. Koszty stałe (te, które powstawałyby niezależnie od świadczenia usług objętych zamówieniem) oraz zysk (marża) w cenie ofertowej nie musiały być pokryte, zgodnie z przywołanym orzecznictwem TSUE i Krajowej Izby Odwoławczej nie muszą być pokrywane przychodami ze wszystkich podejmowanych przedsięwzięć gospodarczych. Za nieuzasadnione zatem uznał twierdzenia Odwołującego, jakoby w wyjaśnieniach Przystępujący był bezwzględnie obowiązany wykazać takie koszty jak: ogólne koszty obsługi, koszty polisy OC, marży na koszty ogólne oraz zysk jak również wymaganie oszacowania kosztów „nieprzewidzianych wydatków” — te bowiem nie wiadomo czego miałyby dotyczyć i czy w ogóle miałyby się pojawić. Przy prawidłowym zarządzaniu projektem realizacji zamówienia ryzyko wystąpienia tego rodzaju kosztów i ich wysokość byłaby znikoma — stąd też brak byłoby potrzeby ich wykazywania. Jednak w kalkulacji ceny ofertowej wykazał on również wysokość zakładanych przez siebie kosztów ogólnych kontraktu — co może być w prosty sposób wykazane poprzez odniesienie się do utajnionej części wyjaśnień (w szczególności załącznika nr 5 do wyjaśnień — kalkulacji).

W związku z powyższym, zarzuty dotyczące zaaferowania przez niego ceny na poziomie rażąco niskim winny zostać oddalone.

Niezależnie od powyższego Przystępujący FBSerwis wskazał, że nieprzydatne do rozpoznania sprawy pozostają załączone do odwołania „dowody” w postaci porównania cen jednostkowych. Po pierwsze, nie jest wiadome, czemu owe dowody — w odniesieniu w szczególności do jego oferty miałyby służyć, bowiem zupełnie nie przystają do

podniesionych w odwołaniu zarzutów dotyczących oferty złożonej przez Przystępującego. Podkreślił, że w niniejszym postępowaniu różnice zaistniałe w cenach zaofferowanych przez poszczególnych wykonawców są tym bardziej uzasadnione, że przedmiotem zamówienia nie jest robota budowlana wymagająca wysokich nakładów w materiały budowlane, lecz usługa - której koszty świadczenia są w dużej mierze zależne od sprawności wykonawcy, jego zdolności organizacyjnych, kompetencji zatrudnianych pracowników oraz posiadanego doświadczenia. Owe czynniki z jednej strony pozwalają na bardziej elastyczne, niż np. w robotach budowlanych, kształtowanie polityki cenowej, z drugiej zaś wymagają uwzględnienia czynników indywidualnych danego przedsiębiorcy (potencjał osobowy, wiedza i doświadczenie, organizacja pracy, optymalizacja kosztów itp.).

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego nieujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa FB Serwis podkreślił, że składając Zamawiającemu w dniu 14 stycznia 2016r. żądane przez niego wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zastrzegł ten dokument jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa i szczegółowo wyjaśnił, iż zawiera on informacje odpowiadające definicji zapisanej w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Przystępujący wskazał mianowicie jaki jest charakter zastrzeganych informacji, na czym polega ich wartość gospodarcza, jaką szkodę mógłby Przystępujący FB Serwis ponieść w przypadku ujawnienia zastrzeżonych informacji, konkurentom, iż nie ujawniał wcześniej informacji zawartych w ww. wyjaśnieniach, jakie podjął środki w celu zachowania poufności zastrzeganych informacji. W zakresie środków zabezpieczających przed ujawnieniem informacji stanowiących tajemnicę przedstawił nawet stosowne dowody. Tym samym wykazał zasadność zastrzeżenia danych zawartych w wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wykazał. Stąd też zupełnie nieuzasadnione jest powoływanie się na wynikającą z wiedzy Odwołującego okoliczność, jakoby FB Serwis okoliczności pozwalających na dokonanie oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy nie przedstawił.

Odnosząc się natomiast do stanowiska o niedopuszczalności utajnienia informacji stanowiących podstawę oceny jako mających znaczenie dla oceny prawidłowości wyjaśnień przez Odwołującego wskazał, że przepisy Pzp nie przewidują w swej treści takiego zakazu. Informacje tego rodzaju nie zostały wymienione w katalogu określonym w art. 86 ust. 4 Pzp. Co więcej, w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka utrwalone jest stanowisko, zgodnie z którym kontrydiktoryjność procesu — co do zasady wymagająca zapewnienia stronom prawa do zapoznania się z materiałem dowodowym i ustosunkowania się do niego - jakkolwiek stanowi jeden z elementów oceny rzetelnego charakteru postępowania sądowego, to jednak nie ma charakteru absolutnego i może być ważona

względem innych praw i interesów, w związku z czym oczekiwania Odwołującego co do ujawnienia mu informacji stanowiących tajemnicę Przystępującego i prawidłowo przez niego zastrzeżonych — tylko w tym celu, aby umożliwić mu zakwestionowanie zaoferowanej przez Przystępującego ceny — na uwzględnienie nie zasługują. Odwołujący mógł wnieść odwołanie i przedstawić wszystkie swoje wątpliwości co do ceny Przystępującego — a Krajowa Izba Odwoławcza, dysponując całością wyjaśnień i dowodów FBService takie wątpliwości mogłaby rozpoznać w zgodzie z przepisami prawa. Ponadto FBService zauważył, że fakt zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie zwalniał Odwołującego z obowiązku precyzyjnego sformułowania zarzutów i wykazania swoich twierdzeń, gdyż zarzut nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego wyjaśnień i zaniechania odrzucenia oferty, nie może sprowadzać się do ogólnikowych twierdzeń, że cena jest rażąco niska i powinien być powiązany ze wskazaniem prawidłowego, przynajmniej w ocenie Odwołującego, modelu kalkulacji, który doprowadził go do podniesienia zawartych w odwołaniu zarzutów.

KIO 1514/20

W dniu 6 lipca 2020r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm: POLSUPER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz AG - Complex Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący2” lub „Polsuper”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie dotyczące części nr V/rejonu V zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 8 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia w całości złożonych przez FBService wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z uwagi na fakt, iż FBService nie wykazał iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,
- 2) naruszeniu art. 90 ust. 3 Pzp poprzez uznanie, że złożone przez FBService wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są wystarczające i potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
- 3) naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty FBService z uwagi na fakt, iż zawiera rażąco niską cenę,
- 4) naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty FBService z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- 5) naruszeniu art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp poprzez wybór oferty FBService mimo istnienia domniemania prawnego, że oferta tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę,

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

W oparciu o tak przedstawione zarzuty Odwołujący² wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności badania i oceny ofert w części nr V/ rejon nr V,

2) nakazanie Zamawiającemu odtajnienia złożonych przez FBSerwis wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w całości,

3) odrzucenie oferty FBSerwis na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp z uwagi na fakt, iż zawiera rażąco niską cenę,

4) odrzucenie oferty FBSerwis na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

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

Odwołujący² przytaczając treść przepisów art. 7 ust. 2 oraz 8 ust. 1 i 3 Pzp oraz 11 ust. 2 u.z.n.k. wskazał, że FBSerwis nie wykazał w sposób należyty, iż wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie można bowiem uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności wyjaśnień jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zaś utrzymanie przez zamawiającego takiego zastrzeżenia, stanowi rażące naruszenie nie tylko art. 8 Pzp, ale również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji. Odwołujący podkreślił, że uzasadniając zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Wykonawca powinien w stosunku do każdej z tych informacji wskazać i udowodnić, iż spełniają przesłanki z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., przy czym nie jest wystarczające jedynie twierdzenie wykonawcy, iż dana informacja takie przesłanki spełnia, ale konieczne jest tego konkretne wykazanie, w odniesieniu nie tylko do rodzaju zastrzeżonych informacji, ale do konkretnych danych podlegających zastrzeżeniu przez wykonawcę. Nie jest dopuszczalne całościowe, ogólne zastrzeżenie całości dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, iż w ich treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem wykonawcy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje - słowa/wyrażenia - które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 8 ust 3 Pzp.

Według Odwołującego² w wyjaśnieniach FB Serwis nie jest zasadne wyłączenie jawności fragmentów wyjaśnień zawartych w pkt 5 pisma, w zakresie, w jakim zawierają one łatwo dostępne lub powszechnie znane dane, czy oferty jakie można pozyskać od podwykonawców bowiem te dane nie stanowią o przewadze konkurencyjnej, ani nie przedstawiają wartości gospodarczej. Nie jest również zasadne wyłączenie jawności informacji, które dotyczą ogólnych czynników cenotwórczych albo okoliczności wspólnych dla wszystkich wykonawców. Należy również wskazać, iż w ewentualnej kalkulacji przedstawionej przez FB Serwis Sp. z o.o. dla cz. nr 5 / rejonu 5 powinny być odtajnione poszczególne pozycje kosztowe (bez ewentualnie konkretnych danych, czy wyliczeń), co umożliwiłoby innym Wykonawcom sprawdzenie / weryfikację czy wszystkie elementy składowe w kalkulacji ceny zostały uwzględnione czy nie, bowiem sama informacja jakiego rodzaju składowe zostały uwzględnione przy obliczaniu ceny tajemnicą nie jest. Odwołujący² podkreślił, że uzasadnienie przedstawione przez FB Serwis jest ogólnikowe i nie potwierdza zasadności dokonania zastrzeżenia, a w szczególności nie zostały przedstawione dowody potwierdzające podjęcie przez niego kroków w celu zachowania poufności tych konkretnych informacji objętych zastrzeżeniem. Za dowody te nie można bowiem uznać ogólnych dokumentów przedstawionych przez Wykonawcę takich jak kontrola dostępu, dokumentacja zdjęciowa sejfów, wyciąg z regulaminu pracy, czy certyfikat, czy kodeks etyczny, bowiem w żaden sposób nie można potwierdzić iż wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są w taki właśnie sposób chronione. Wskazanie, że informacje na temat sposobu kalkulowania cen nie są dostępne w sposób, który umożliwiłby innym podmiotom zapoznanie się z tymi informacjami, czy że Wykonawca nie udostępnił tych informacji do wiadomości publicznej; a nadto w ramach realizacji własnych polityk bezpieczeństwa podjął działania w celu zabezpieczenia tych informacji przed ujawnieniem oraz, że zapoznanie się konkurencji ze sposobem kalkulowania cen i przyjętymi stawkami, mogłoby narazić wykonawcę na szkodę nie przesądza o wykazaniu przesłanek umożliwiających na skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnicy. Ponadto FB Serwis nie wskazał, na czym miałyby polegać ewentualna szkoda i nie uprawdopodobnił nawet możliwości jej powstania, chociaż powoływał się ogólnikowo na samą możliwość narażenia go na szkodę. Wykonawca nie określił charakteru zastrzeżonych informacji czy są to informacje o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym lub posiadające wartość gospodarczą. Jak już powyżej wskazano, w myśl art. 8 ust. 3 Pzp, to wykonawca ma wykazać, iż zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Dla prawidłowego wykazania, o którym mowa w tym przepisie, nie wystarczą jedynie gołosłowne i ogólnikowe twierdzenia, bez odniesienia się do konkretnych faktów, działań itd. Ponadto, wykonawca powinien wykazać,

nie tylko, że podjął szereg działań zmierzających do zachowania poufności informacji, ale również, że te działania mają zastosowanie w stosunku do konkretnych informacji. Wykonawca powinien wykazać, które konkretnie informacje według niego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i dlaczego. Powinien w sposób indywidualny odnieść się do zastrzeżonych przez siebie informacji. Tymczasem FB Serwis Sp. z o.o. nie odniósł się w żaden sposób dlaczego zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w stosunku do wszystkich informacji zawartych w piśmie i załącznikach.

Odwołujący² stwierdził, że nie można dokonywać zastrzeżenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny wyłącznie w celu utrudnienia wykonawcom, którzy złożyli oferty konkurencyjne, weryfikacji prawidłowości własnej kalkulacji. Wykonawca zastrzegając tajemnicę, musi wykazać, że dokumenty rzeczywiście taki walor posiadają. Nieujawnianie informacji zastrzeżonych jest wyjątkiem od ogólnej zasady jawności postępowania i nie można akceptować zastrzegania całego fragmentu wyjaśnień zawierających kalkulację jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jeżeli znajdują się w nim informacje różnej wagi, także nieposiadające cechy tajemnicy przedsiębiorstwa (jak wskazano powyżej np. składowe kalkulacji). Zamawiający, ze względu na priorytet zasady jawności, nie może zatem chronić całych fragmentów dokumentów, jeżeli jedynie kilka informacji tam zawartych może być objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Dlatego wykonawca powinien wyraźnie wskazać, które informacje, i dlaczego, są objęte taką tajemnicą. Tymczasem FB Serwis poza ogólnikami, przywołaniem orzecznictwa, powołaniem się na powiązania gospodarcze, oraz na klauzule poufności w zawartych umowach nie wskazał żadnych powodów, dla których zastrzeżone wyjaśnienia w całości mają być objęte ochroną. Sam fakt powiązań gospodarczych jest neutralny, bowiem każdy podmiot takie powiązania posiada. Samo powoływanie się na klauzule poufności, bez jakiegokolwiek podania ku temu powodów, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, a jedynie stwarza wrażenie, że klauzule te są wyłącznie pretekstem do uniemożliwienia konkurencji weryfikacji oferty wykonawcy.

Odnosząc się do zaoferowanej przez FB Serwis ceny oferty, Odwołujący² wskazał, że ceny jednostkowe tego wykonawcy po aukcji elektronicznej są nierynkowe, jeżeli przyjąć wszystkie koszty, na które składają się m.in. koszty: robocizny, sprzętu, materiałów i utylizacji oraz koszty ogólne. Zauważył, że wyjaśnienia FB Serwis dotyczą wszystkich rejonów razem, są ogólnikowe, bez żadnych konkretów. Nie jest zatem wiadome jakie czynniki są właściwe dla rejonu V, w jakich ilościach zostały przyjęte w kalkulacji założenia dotyczące liczby zatrudnionych osób, czy zużycia materiałów. W ocenie Odwołującego² wyjaśnienia w

zakresie rażąco niskiej ceny powinny odnosić się do danych cen jednostkowych i do danej części. Złożenie, tak jak mamy miejsce w tym przypadku, zbiorczych wyjaśnień dla kilku części powoduje, że FBService nie uwzględnia szeregu elementów kosztów, a wyjaśnienia spłaszcza do formalnego obowiązku. Odwołujący² wskazał, że FBService podkreślił, iż unikalna wiedza grupy kapitałowej do której należy powoduje, iż będzie mógł z niej korzystać przy realizacji zamówienia, zapomniał jednak dodać, iż wiedza ta dotyczy realizacji inwestycji budowlanych (strona 11 wyjaśnień), które w zasadniczy sposób różnią się od realizacji usługi związanej w ręcznym oczyszczaniu ulic. Ponadto wiedza grupy kapitałowej zdobyta na innych rynkach w krajach zagranicznych nie będzie tożsama dla rynku polskiego. Wykonawca FBService nie wskazał w jaki sposób i konkretnie o ile (kwotowo lub procentowo) ulegnie obniżeniu realizacja zamówienia. Tym samym wyjaśnienia FBService w tym zakresie oraz ich wpływ na obniżenie kosztów w żaden sposób nie można uznać za wiarygodne. Kolejny z argumentów wskazanych przez FBService to argument dotyczący siły zakupowej grupy kapitałowej. FBService powołał się na spółkę Budimex S.A. która to spółka realizuje wiele projektów w zakresie infrastruktury drogowej. W argumentacji wskazanej przez Wykonawcę efekt skali pozwala na osiągnięcie korzyści poprzez dostęp FBService do bazy firm oraz obniżenie procentowe (dane które nie zostały odtajnione przez Zamawiającego) cen w stosunku do cen rynkowych. Należy wskazać, iż również w tym zakresie wyjaśnienia Wykonawcy oraz ich wpływ na obniżenie kosztów w żaden sposób nie można uznać za wiarygodne. Wykonawca wskazał na efekt skali zakupów z zakresu inwestycji związanych z infrastrukturą drogową i zadań związanych z budową dróg i autostrad. W/w argument w żaden sposób – według Odwołującego² - nie przesądza, że efekt skali zostanie osiągnięty w ramach zakupów materiałów takich jak sól, piasek, czy skrzynie na piasek dla potrzeb realizacji zamówienia. Co więcej wskazany przez FBService procent obniżenia cen w stosunku do cen rynkowych jest oświadczeniem własnym FBService niczym nie udowodnionym i nie popartym, zatem nie może być uznany za argument wiarygodny.

Odnosząc się do argumentu dotyczącego synergii operacyjnej związanej z faktem, iż FBService wspólnie z innymi podmiotami realizuje zamówienia związane z utrzymaniem infrastruktury drogowej m.in. dla ZTM w Warszawie, czy ZDM w Warszawie to Odwołujący² stwierdził, że argument ten jest chybiony, bowiem wskazał, iż podane przez Wykonawcę zamówienia nie są podobne swoim zakresem do niniejszego postępowania. Zatem charakteryzują się one zupełnie inną specyfiką realizacji. Ponadto nie jest możliwe, aby Wykonawcy do realizacji kilku różnych zamówień wykorzystywał te same osoby, czy ten sam sprzęt. Świadczyłoby to o naruszeniu zobowiązań jakie Zamawiający zamieścił w ramach

niniejszego postępowania, związanych z zatrudnieniem pracowników w oparciu o umowę o pracę. Zatem w świetle powyższego wyjaśnienia FBService należy uznać za niewiarygodne.

Odnosząc się do wyjaśnień związanych z dostępnością materiału i sprzętu z uwagi na skalę prowadzonej przez FBService i spółki z jego grupy kapitałowej działalności i łatwiejszy dostęp do materiałów czy zawarte umowy ramowe Odwołujący² wskazał, iż aby faktycznie argument ten został przyjęty FBService winien to wykazać przedstawiając takie umowy. Powołanie się bowiem w sposób ogólny nie przesądza o wiarygodności wyjaśnień. Jaką pewność będzie miał Zamawiający, że faktycznie Wykonawca ten posiada dostęp do materiałów i sprzętu, jeśli nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów to potwierdzających. FBService w swoich wyjaśnieniach nie wskazał jakim konkretnie sprzętem dysponuje i czy sprzęt ten jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Sprzęt budowlany używany przy realizacji robót z zakresu infrastruktury drogowej nie jest tożsamy ze sprzętem używanym przy ręcznym oczyszczaniu. Należy również wskazać, iż za dowód na dysponowanie materiałami niezbędnymi do realizacji zamówienia na pewno nie można uznać FV zakupu soli i inwentaryzacji zapasów, z uwagi na fakt, iż nie określono ilości soli wymaganej dla danej części. Nie może być również tak że FBService wskazuje, iż zapas soli jaki posiada będzie jego zdaniem wystarczające z uwagi na to że prognozuje wystąpienie łagodnych zim. Ponadto nie jest wiadome, czy FBService w/w zapasów nie zużyje dla potrzeb zawartych innych umów lub do bieżącej działalności. Wykonawca w ogóle nie wspominał o konieczności ujęcia w wycenie innych materiałów takich jakich piasek, czy skrzynie do piasku, które są niezbędne do realizacji zamówienia (wymóg Zamawiającego wskazany w SIWZ: dysponowania skrzyniami na mieszankę piachu z chlorkiem sodu, chlorek sodu lub piasek /dotyczy sezonu zimowego/ w minimalnej ilości podanej w załączniku nr 1 do umowy /na pozostałych terenach objętych zimowym oczyszczaniem skrzynie nie są wymagane).

Odnosząc się do kosztów wykonania usług Odwołujący² zauważył, że FBService wskazał w sposób ogólnikowy, iż uwzględnił wszystkie niezbędne koszty zmienne i stałe takie jak: koszty zatrudnienia pracowników, sprzętu, materiałów, zorganizowania bazy oraz zatrudnienia podwykonawców, co przedstawił w kalkulacji załączonej do pisma. Wykonawca wskazał, iż pracownikom fizycznym wypłacać będzie stawkę wyższą niż minimalna. Wykonawca wskazał, również, iż okresowe zwiększenie personelu pokrywać będzie w ramach innych realizowanych zamówień. Należy wskazać, iż wyjaśnienia Wykonawcy w tym zakresie są niewiarygodne, bowiem kluczem w rzetelności wyjaśnień jest prawidłowe uwzględnienie wymagań jakie stawia Zamawiający w OPZ związanych z zatrudnieniem określonej liczby osób na podstawie umów o pracę i obiektywnych czynników takich jak normy wydajności pracy tych osób. FBService w sposób celowy dokonując zaniżenia tych

norm próbuje wykazać, iż realizacja zamówienia jest możliwa przy wykorzystaniu personelu realizującemu równocześnie (w tym samym czasie) inne umowy. Odwołujący² posiadając wieloletnie doświadczenie w realizacji tych prac dla Zamawiającego jest pewien, iż nie jest to możliwe, bowiem do prawidłowej realizacji umowy należy zatrudnić określoną ilość personelu na pełen etat, dedykowanego wyłącznie do realizacji zamówienia. FBSerwis pominął w ogóle sytuacje związane z okresami urlopowymi czy absencjami chorobowymi pracowników. Należy zatem wskazać, iż przedstawione przez FBSerwis założenia w tym zakresie są nierealne.

Odnosząc się do założonych przez FBSerwis kosztów związanych ze sprzętem Odwołujący² podkreślił, że wyjaśnienia są ogólnikowe i brak dowodów potwierdzających te twierdzenia. Wykonawca wskazuje na możliwość zakupu sprzętu po bardzo atrakcyjnych cenach, wykorzystania sprzętu z uwagi na zakończenie realizacji kontraktów budowlanych, czy wreszcie zatrudnienie podwykonawców dysponujących sprzętem.

Odnosząc się do kosztów ceny paliwa wskazał, iż założenia przyjęcia takiej samej ceny dla całego okresu obowiązywania umowy, nawet w przypadku zawartej umowy o charakterze ramowym nie jest możliwa. Należy wskazać, iż cena paliwa jest ceną zmienną, nawet przy wynegocjowanych stałych rabatach.

Odnosząc się do kosztów zorganizowania własnej bazy FBSerwis wskazał, iż zamierza wykorzystać własną bazę w Warszawie, lecz w żaden sposób w/w twierdzenia nie udowodnił. Nie wskazał gdzie w/w baza się znajduje, w jakiej odległości od poszczególnych rejonów, w tym od rejonu nr 5, jakie jest wyposażenie w/w bazy i czy będzie ona wystarczająca dla potrzeb realizacji zamówienia. Zatem ten element wyjaśnień pozostał nieudowodniony. Ponadto wstępna wysokość kosztów wynikająca ze wskazanych przez FBSerwis ofert podwykonawczych nie jest równoznaczna z uzyskaniem wiążącej oferty. Może bowiem się okazać, iż w przypadku faktycznej realizacji zamówienia podwykonawcy którzy przedstawili wstępne oferty dokonają ich zmian (w szczególności podwyższenia z racji niepewnej sytuacji związanej w epidemią COVID-19). Odwołujący² zauważył, że FBSerwis nie uwzględnił wszystkich, kosztów, jakie są niezbędne do należytego wykonania usługi zgodnie z wymaganiami SIWZ, a w szczególności rażąco niskie ceny jednostkowe tego wykonawcy mogą wynikać z zaniżenia kosztów: wynagrodzeń, poprzez pominięcie zastępstw urlopowych i chorobowych; amortyzacji pojazdów i sprzętu; napraw pojazdów i sprzętu; nie uwzględnienia w cenie kosztów pośrednich (brak tych elementów w opisowych wyjaśnieniach Wykonawcy). Nieuwzględnienie lub nienależyte uwzględnienie wskazanych elementów kosztowych uniemożliwia uznanie wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę za odpowiadające wymogom przepisu art. 90 Pzp i wykazujące rzetelność zaoferowanej ceny.

Odwołujący² zwrócił również uwagę na fakt, że FBService pomimo wskazania przez spółkę zależną od Wykonawcy własnymi instalacjami przetwarzania odpadów (strona 10 pisma) w/w argumentu w żaden sposób nie udokumentował. Nie wskazał bowiem jaką konkretnie jest to spółka i nie przedstawił żadnych dokumentów w postaci decyzji, czy zezwoleń. FBService nie wykazał również kosztów związanych z utylizacją odpadów.

Odwołujący² stwierdził, że ceny jednostkowe zaproponowane przez FBService muszą zawierać wszelkie koszty związane z wykonaniem usługi, co oznacza, że ceny poszczególnych usług nie mogą być kilkakrotnie zaniżone. Niedopuszczalne jest pokrywanie kosztów świadczenia jednego rodzaju usługi z wynagrodzenia wyodrębnionego i określonego jako cena za inny rodzaj usługi. Obowiązek badania wysokości ceny na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp dotyczy poszczególnych cen jednostkowych czy też elementów, które służyć będą do ustalenia wynagrodzenia, jeżeli jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i ukształtowanego sposobu wynagradzania wykonawcy, a dotyczy to w szczególności wynagrodzenia zależnego od ilości rzeczywiście wykonanych czynności. Tym samym należy wskazać, iż Zamawiający dokonując badania oferty FBService powinien również dokonać analizy i różnic poszczególnych cen jednostkowych. Zaoferowanie cen jednostkowych poniżej ich kosztów oznacza, że oferta taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 2 Pzp.

Końcowo Odwołujący² wskazał, że złożenie przez FBService oferty zawierającej cenę niepokrywającą wszystkich kosztów realizacji zamówienia stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazuje na to przepis art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. W opinii wykonawcy nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, iż samo zaoferowanie rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia (również w przypadku cen jednostkowych za świadczenie poszczególnych usług w ramach zamówienia), stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k i stanowi osobną przesłankę odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie KIO 1514/20 wniósł o jego oddalenie w całości, stwierdzając, że wnioski sformułowane przez Odwołującego dotyczące analizy wyjaśnień złożonych przez konkurencyjnych wykonawców, są całkowicie nieuzasadnione. Podkreślił, że jest on zobowiązany do odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli jest spełniona jedna z przesłanek określonych w art. 90 ust. 3 Pzp, tj.:

- jeżeli wykonawca nie udzielił wyjaśnień, lub

- jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Pierwsza z ww. przesłanek w ogóle nie znajduje zastosowania w niniejszym przypadku, bowiem Odwołujący nie kwestionuje, iż FBService, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w wyznaczonym terminie złożył wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny oferty. Natomiast druga z przesłanek nie została spełniona, ponieważ po przeprowadzonej analizie wyjaśnień złożonych przez FBService doszedł do wniosku, iż cena zaoferowana przez wskazanego wykonawcę za realizację przedmiotowego zamówienia nie może zostać zakwalifikowana jako cena rażąco niska. Podkreślił, że złożone wyjaśnienia są kompleksowe — obejmują wszystkie istotne elementy kosztotwórcze oraz pozwalają na uznanie zaoferowanej ceny za cenę rynkową. Wykonawca ten w złożonych wyjaśnieniach wykazał wszystkie istotne elementy składające się na koszty realizacji zamówienia, oraz załączył dowody na potwierdzenie tez zawartych w wyjaśnieniach. Analiza ww. wyjaśnień doprowadziła do wniosku, że wyjaśnienia ceny są wiarygodne i należyce udokumentowane, w związku z czym należało je uwzględnić. FBService wykazał wszystkie istotne elementy cenotwórcze zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego określonymi w wezwaniu do wyjaśnień. Zamawiający uzyskał wszystkie istotne informacje dotyczące sposobu oraz kosztów realizacji zamówienia przez FBService, który w sposób przez niego oczekiwany przedstawił składniki cenotwórcze oraz należyce je wykazał. W związku z czym stwierdził, że wyjaśnienia udzielone przez FBService pozwalają na uznanie oferowanej ceny za cenę rynkową. Ponadto w ocenie Zamawiającego wysokość zakładanej marży gwarantuje prawidłową realizację zamówienia, nawet gdyby pojawiły się koszty niemożliwe do przewidzenia na obecnym etapie. Zamawiający zauważył, że usługa będąca przedmiotem zamówienia będzie realizowana przez krąg przedsiębiorców, którzy świadczą tego rodzaju usługi dla szerokiego grona odbiorców, posiadają stałe koszty prowadzenia działalności, które w związku z pozyskaniem kolejnego klienta nadal są w takiej samej lub w zbliżonej do dotychczasowej wysokości. Natomiast dla zaistnienia możliwości odrzucenia oferty Zamawiający musi mieć pewność, że za cenę zaoferowaną przez wykonawcę danego zamówienia nie da się prawidłowo wykonać lub musi ustalić, że skalkulowany koszt nie umożliwi pokrycia wydatków związanych z wykonaniem jakiegoś elementu zamówienia w sposób prawidłowy.

Zamawiający podkreślił również, że Odwołujący nie uwzględnił okoliczności, iż każdy z wykonawców mógł dokonać wyceny kosztów realizacji zamówienia w inny sposób. Na przedmiot zamówienia składa się wiele czynników, wykonawcy mogli w sposób dowolny rozdzielić koszty realizacji zamówienia, on natomiast nie wymagał ściśle określonej

metodologii wyceny, jest ona uzależniona od stosowanych przez danego wykonawcę zasad podziału kosztów zamówienia w ramach prowadzonej działalności. Tymczasem zarzuty Odwołującego² opierają się na założeniu, iż każdy z wykonawców powinien sporządzić wycenę i wyjaśnienia na takim samym rozkładzie kosztów, jaki stosuje Odwołujący. Wyjaśnienia innych wykonawców nie tracą na wiarygodności wyłącznie z tej przyczyny, iż zawierają inne pozycje kosztowe, inne ujęcie kosztów, nie wyodrębniają wszystkich kosztów stałych, które i tak są ponoszone przez przedsiębiorcę niezależnie od tego, czy uzyska przedmiotowe zamówienie, czy nie.

Zamawiający podkreślił również, że Odwołujący² dokonuje porównania pozycji cenowych, które z natury rzeczy są ze sobą nieporównywalne - koszty realizacji usług są ujęte w innych pozycjach u każdego z wykonawców, w związku z czym odniesienie cen jednostkowych z wyjaśnień wykonawców do cen zakładanych przez Odwołującego² tworzy nieprawdziwy obraz. Błędne założenia prowadzą zaś do błędnych wniosków o rażących różnicach poszczególnych pozycji w wycenie wskazanej przez konkurencyjnych wykonawców w stosunku do wyceny zastosowanej przez odwołującego.

Pozostała część zarzutów dotyczy pojedynczych pozycji cenowych, których wiarygodność jest oceniana przez Odwołującego² w oderwaniu od innych elementów cenowych, z pominięciem analizy wyjaśnień wykonawcy jako jednej, spójnej całości. Według Zamawiającego, wskazane przez Odwołującego² zarzuty rzekomego niedoszacowania nie zostały poparte żadnymi dowodami, zostały wprowadzone przez Odwołującego² całkowicie dowolnie. Odwołujący² wielokrotnie odnosi się do własnego doświadczenia w realizacji takich prac, jest to zabieg niewystarczający do wykazania (lub co najmniej uprawdopodobnienia) zarzutu rażąco niskiej ceny. Tego rodzaju zabiegi wyłącznie pozornie wskazują na brak należytego wykazania realności ceny. Co jest jednak istotne i kluczowe w niniejszej sprawie, zarzuty podniesione przez Odwołującego² nie pozwalają na przyjęcie, iż cena zaoferowana przez FBService jest ceną nierealną, która nie gwarantuje realizacji zamówienia na warunkach określonych w specyfikacji.

Zamawiający odnosząc się natomiast do skuteczności zastrzeżenia przez FBService części wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa stwierdził, że zastrzeżenie to jest w pełni skuteczne. Zamawiający przeprowadził analizę złożonych wyjaśnień i uznał, że w zakresie wyjaśnień złożonych przez przystępujących zostały spełnione przesłanki określone w art. 8 ust. 3 Pzp oraz art. 11 ust. 2 u.z.n.k., w związku z czym brak jest podstaw do ujawnienia zastrzeżonych informacji.

W ocenie Zamawiającego, FBService w sposób należyty wykazał, że zastrzeżone informacje mają charakter techniczny, organizacyjny lub inny posiadający z perspektywy

przedsiębiorcy wartość gospodarczą. Sposób zestawienia poszczególnych elementów wyjaśnień pozwala na poznanie sposobu realizacji przedmiotowego zamówienia, know-how wykonawcy, rozkładu kosztów, posiadanych zasobach sprzętowych, źródłach oraz warunkach pozyskania materiałów, zapasach, warunkach zatrudnienia personelu. Są to informacje o kluczowym znaczeniu biznesowym dla przedsiębiorcy które posiadają wymierną wartość gospodarczą, utrzymanie ich w tajemnicy przed konkurencją ma istotne znaczenie dla budowania przewagi na rynku. FBSerwis wykazał również, że podjął rozsądne, niezbędne działania w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Zdaniem Zamawiającego wykazane przez spółkę FBSerwis instrumenty ochrony natury technicznej (ograniczenie dostępu do nośników informacji, kontrola dostępu) jak i prawnej (umowy o zachowaniu poufności, ostrzeżenia umieszczane na dokumentach) są odpowiednie i powszechnie stosowane w zbliżonych okolicznościach do zachowania zastrzeżonych informacji w tajemnicy.

KIO 1534/20

W dniu 6 lipca 2020r. wykonawca – Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący3” lub „Remondis”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie dotyczące części VI i VIII zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: FAGUS, W. F. prowadzącego działalność pod firmą W. F., Usługi Transportowe, Porządkowe, Ogrodnicze (dalej: „W. F.”), A. O. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe A. O. (dalej jako: „PU A. O.”), wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. Art-Security sp. z o.o., sp.k. z siedzibą w Warszawie i „ART GROUP” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „Konsorcjum Art”) (w zakresie części VI) oraz FBSerwis, POLSUPER, W. F., wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i P. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P. (dalej jako: „Konsorcjum PUW”) (w zakresie części VIII) mimo, iż wykonawcy ci nie złożyli wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 -3 Pzp, a ich oferty zawierają rażąco niską cenę;

2. art. 8 ust. 1 -3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. poprzez zaniechanie ujawnienia całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez FAGUS (tj. Załącznika - suma kosztów), całości wyjaśnień złożonych przez FBSerwis (tj. kalkulacji

zestawienia kosztów oraz założeń dot. zysku dla części VIII, przykładowego wyciągu z centralnej bazy danych dostawców i usługodawców, faktury za zakup soli drogowej i inwentaryzacji zapasów, przykładowych ofert podwykonawczych dla części VIII, kopii umów załączonych od wyjaśnień oraz fragmentów pisma z dnia 29 maja 2020 r. dot. kalkulacji ceny oferty) oraz całości wyjaśnień złożonych przez POLSUPER (tj. Zestawienia wszystkich elementów cenotwórczych, założeń dla AL, AZ, lato i pozostałe), mimo iż zastrzeżone przez tych wykonawców informacje i dokumenty nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również wymienieni wykonawcy nie wykazali zasadności dokonanego zastrzeżenia,

3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami ustawy (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty FAGUS jako najkorzystniejszej w zakresie części nr VI i oferty FBSerwis w zakresie części nr VIII;

2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

3. odtajnienia dokumentów objętych przez FAGUS ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. odtajnienia załącznika do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Załącznik - suma kosztów;

4. odtajnienia dokumentów objętych przez FBSerwis ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. odtajnienie załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny tj. kalkulacji zestawienia kosztów oraz założeń dotyczących zysku dla części VIII, przykładowego wyciągu z centralnej bazy danych dostawców i usługodawców, faktury za zakup soli drogowej i inwentaryzacji zapasów, przykładowych ofert podwykonawczych dla części VIII, kopii umów załączonych od wyjaśnień oraz fragmentów pisma z dnia 29 maja 2020 r. dot. kalkulacji ceny oferty,

5. odtajnienia i udostępnienie Odwołującemu dokumentów objętych przez POLSUPER ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. Zestawienia wszystkich elementów cenotwórczych, założeń dla AL, AZ, lato i pozostałe,

6. odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: FAGUS, W. F., PU A. O., Konsorcjum Art w ramach części VI zamówienia oraz ofert złożonych przez wykonawców: FBSerwis, POLSUPER, W. F., Konsorcjum PUW w ramach części VIII zamówienia;

7. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części nr VI i VIII zamówienia.

W ocenie Odwołującego ceny zaoferowane przez wskazanych powyżej wykonawców nie mają charakteru rynkowego, są nieopłacalne i nie pozwalają na należyte wykonanie nawet gwarantowanego zakresu zamówienia. Zwracamy uwagę w szczególności na potrzebę uwzględnienia w złożonej ofercie całości kosztów - w szczególności:

- a. kosztów wynagrodzenia pracowników (w tym kosztów pracodawcy, dodatków za pracę w nocy, bowiem ręczne oczyszczanie odbywa się głównie w godzinach nocnych i porannych oraz prognozowanego wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2021 r.),
- b. kosztów związanych z obowiązkiem zapewnienia dyspozytorni, która w szczególności w okresie zimowym musi pracować 24 godziny/dobę,
- c. kosztów związanych z dojazdami pracowników (w tym odpowiedniej wysokości wynagrodzenia kierowców, kosztów amortyzacji samochodów, kosztów ubezpieczenia, warsztatu oraz kosztów paliwa),
- d. kosztów utylizacji odpadów,
- e. kosztów materiałów i sprzętu (ciągników z posypywarkami i pługami, ręcznymi zmiataarkami i odśnieżarkami, szufel, mioteł, taczek, wiader, łopat, grabi, worków, skrzyń na piasek, ubrań dla pracowników - kombinezonów, rękawiczek, kamizelek; piasku i chlorku sodu).

W opinii Odwołującego³ treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawców w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego z dnia 26 maja 2020 r. potwierdza, że oferty ww. wykonawców powinny zostać odrzucone jako zawierające cenę rażąco niską. Odpowiedzi udzielona przez tych wykonawców są lakoniczne i na dużym poziomie ogólności, a tym samym w żaden sposób nie potwierdzają realności zaoferowanych przez te podmioty cen za wykonanie przedmiotu zamówienia, pomimo, że wykonawcy Ci zobowiązani byli do udowodnienia, iż zaoferowane ceny mają charakter realny, znajdują odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz, iż zachodzą po ich stronie obiektywne czynniki, które uzasadniają zniżenie ceny oferty. Wykonawcy powinni byli przedstawić wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące, wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości.

Obowiązkiem Zamawiającego natomiast była prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień, tj. z uwzględnieniem zgodności ofert z przedmiotem zamówienia oraz konieczności wykazania przez wykonawców okoliczności, które są tylko dla nich indywidualne, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości.

Natomiast udostępniona przez Zamawiającego treść wyjaśnień ceny złożonych przez FBSerwis, POLSUPER, W. F., Konsorcjum PUW (w zakresie części VIII zamówienia) oraz

FAGUS, W. F., PU A. O. i Konsorcjum Art (w zakresie części VI zamówienia) pozwala na stwierdzenie, że podmioty te nie sprostaly obowiazkowi obalenia domniemania o niedoszacowaniu ceny oferty. W odpowiedzi na wezwania z dnia 26 maja 2020 r. wykonawcy zamiast wyjasnień konkretnych przedstawili ogólne deklaracje o skalkulowaniu ceny z nalezytą starannością, posiadaniu doświadczenia w realizacji podobnych usług, dobrej organizacji pracy zespołu, posiadaniu odpowiedniego sprzętu etc.

FBSerwis, POLSUPER, W. F., Konsorcjum PUW (w zakresie części VIII zamówienia) oraz FAGUS, W. F., PU A. O. i Konsorcjum Art (w zakresie części VI zamówienia) złożyli wyjaśnienia niewystarczające, które w żaden sposób nie stanowią odpowiedzi na wątpliwości wskazane przez Zamawiającego w treści wezwań z dnia 26 maja 2020 r. Zamawiający wskazał bowiem, że oczekuje złożenia kalkulacji "wraz z dowodami". Do wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie prawie żaden z wykonawców nie dołączył dowodów, złożone wyjaśnienia opierają się zatem na gołosłownych twierdzeniach. Już sama ta okoliczność potwierdza zasadność odrzucenia oferty.

Odwołujący³ wskazał, że pomimo, iż formalnie FBSerwis, POLSUPER, W. F., Konsorcjum PUW (w zakresie części VIII zamówienia) oraz FAGUS, W. F., PU A. O. i Konsorcjum Art (w zakresie części VI zamówienia) złożyli wyjaśnienia, to są one na tyle lakoniczne, że nie mogą zostać uznane za czyniące zadość konkretnie wskazanym przez Zamawiającego wątpliwościom. Ogólne deklaracje złożone przez wykonawców nie mają jakiegokolwiek wartości merytorycznej, która pozwalałaby na ocenę, że zaoferowane ceny są realne. W szczególności, nie jest niczym nadzwyczajnym posiadanie kadry czy doświadczenia. Każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada stosowne doświadczenie, jak również kadrę (co wynika chociażby ze złożonych wyjaśnień). Nie są to zatem okoliczności przynależne wyłącznie jednemu wykonawcy stanowiące o przewadze konkurencyjnej pozwalającej na tak znaczne obniżenie kosztów. Z całą pewnością powołanie samych tych okoliczności nie może zostać uznane za wystarczające w sytuacji, gdy wykonawcy nie udzielili szczegółowych wyjaśnień w zakresie wskazanym w wezwaniu. Wykonawcy nie przedstawili żadnych konkretnych informacji pozwalających na zbadanie zaoferowanych przez nich cen i odniesienie ponoszonych kosztów do wartości rynkowych. Przeważająca większość ze wskazanych w wyjaśnieniach warunków cenotwórczych nie świadczy o potencjalnej przewadze konkurencyjnej (korzystniejszych warunkach w zakresie kosztów) nad Odwołującym czy innymi wykonawcami, gdyż są one wspólne dla każdego potencjalnego wykonawcy i w żaden sposób nie uzasadniają możliwości zaoferowania wyjątkowo korzystnej, konkurencyjnej ceny, w tak znaczącym

stopniu niższej od ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia i od ceny zaoferowanej przez Odwołującego.

Odwołujący³ odnosząc się do czynników wskazanych przez FBSerwis w złożonych wyjaśnieniach dotyczących części VIII zamówienia zauważył, że wykonawca ten wskazał, że czynnikami, które pozwolą mu na zaoferowanie cen na niższym niż konkurencja poziomie są: unikalna wiedza, know-how oraz doświadczenie wykonawcy i grupy kapitałowej, do której wykonawca należy oraz siła zakupowa tej grupy. Natomiast ogólne deklaracje złożone przez FBSerwis nie mają jakiegokolwiek wartości merytorycznej, która pozwalałaby na ocenę, że zaoferowana cena jest realna. FBSerwis wskazał, że grupa kapitałowa do której należy (Ferrovial) posiada ogromne doświadczenie dotyczące infrastruktury drogowej, że jej spółki z powodzeniem świadczą w tym obszarze usługi i roboty budowlane na rynkach hiszpańskich, brytyjskich, chilijskich, katarskich. Należy jednak zauważyć, że doświadczenie w obszarze robót budowlanych zdobyte na rynkach, gdzie opady śniegu występują w znacznie mniejszym stopniu niż w Polsce, nie ma większego znaczenia z punktu widzenia przedmiotu zamówienia jakim jest ręczne oczyszczanie, które w dużej części dotyczy oczyszczania zimowego. Co więcej FBSerwis powołuje się na doświadczenie oraz wypracowane procedury i metodologie działania „na całym etapie realizacji inwestycji budowlanych”. Z uwagi na przedmiot zamówienia doświadczenie w tym zakresie nie może być uznane za czynnik wpływający na możliwość zaoferowania niższych cen. FBSerwis nie wskazał na posiadanie doświadczenia w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia. Tym nie mniej, w orzecznictwie Izby wielokrotnie podkreślano, że doświadczenie w realizacji podobnych usług nie stanowi obiektywnej okoliczności, właściwej tylko temu wykonawcy, która mogłaby stanowić uzasadnienie dla zaoferowania przez niego ceny ofertowej na poziomie niższym niż ceny rynkowe. Nie jest niczym nadzwyczajnym posiadanie doświadczenia. Każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada stosowne doświadczenie (żaden z wykonawców nie decyduje się na realizację zamówienia o tak znacznej wartości bez jakiegokolwiek doświadczenia zdobytego chociażby na rynku komercyjnym). Nie są to zatem okoliczności przynależne wyłącznie FBSerwis stanowiące o przewadze konkurencyjnej wykonawcy pozwalającej na tak znaczne obniżenie kosztów. Ponadto FBSerwis nie wskazał jakie konkretnie projekty, na rzecz jakich zamawiających zostały wykonane, co wyjaśnienia czyni gołosłownymi. Ponadto z wyjaśnień nie wynika w jaki konkretnie sposób element ten, bezpośrednio wpływa na sposób obliczenia ceny i możliwość obniżenia jej do poziomu zaoferowanego w tym postępowaniu.

Kolejno Odwołujący³ wskazał, że FBSerwis w wyjaśnieniach powoływał się na funkcjonowanie w grupie kapitałowej Budimex, z czego wynika dostęp do szerokiej bazy usługodawców i dostawców oraz możliwość negocjowania konkurencyjnych cen materiałów i usług. Wykonawca nie wykazał jednak dla jakich konkretnie materiałów rabaty mogą zostać udzielone oraz czy faktycznie zostaną udzielone. Z zawartej na stronie 49 wyjaśnień listy załączników wynika że wykonawca dołączył do wyjaśnień „Przykładowy wyciąg z centralnych baz danych usługodawców i dostawców”, który został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jak sam tytuł załącznika wskazuje jest to jedynie wyciąg z bazy usługodawców i dostawców, który w jakikolwiek sposób nie może potwierdzać realności wskazanej przez wykonawcę wysokości oszczędności. Wobec tego okoliczność uzyskania rabatów należy zatem uznać za nieudowodnioną.

Kolejno Odwołujący³ wskazał, że FBSerwis powołał się na możliwość korzystania ze sprzętu i zasobów wykorzystywanych do wykonywania innych zamówień realizowanych na terenie Warszawy. Należy jednak podkreślić, że nie zwalnia to wykonawcy z alokacji w cenie oferty części kosztów związanych z zasobami wykorzystywanymi na potrzeby różnych umów. Z udostępnionej części wyjaśnień nie wynika, aby FBSerwis uwzględnił w cenie oferty część kosztów związanych z korzystaniem ze sprzętu i innych zasobów wykorzystywanych do realizacji innych zamówień. Wykonawca powołując się w wyjaśnieniach na posiadanie znacznych zapasów materiałów służących do zapobiegania śliskości zimowej załączył do wyjaśnień jedynie fakturę za zakup soli i Inwentaryzację zapasów, jednak pominął, że pomimo dysponowania zapasem piasku i soli należy uwzględnić w wycenie oferty m.in. koszty magazynowania. W koszty magazynowania wchodzi: podatki od gruntu, podatek od nieruchomości, koszty amortyzacji budynków magazynowych, ubezpieczenia tych budynków, przeglądu i nadzoru tych budynków, administracji, ochrony. Koszty te bez wątplenia należy uwzględnić w cenie oferty, co wykonawca pominął.

Ponadto Odwołujący³ stwierdził, że FBSerwis wskazywał, że dla potrzeby kalkulacji ceny ofertowej przyjął koszt zatrudnienia pracowników fizycznych na poziomie wyższym od minimalnego wynagrodzenia za prace. Z wyjaśnień nie wynika jednak czy w kalkulacji uwzględniono dodatek za pracę w nocy oraz kwestię prognozowanego wzrostu minimalnego wynagrodzenia w 2021 r. Wykonawca wskazał ponadto, że w okresach, gdy będzie potrzebne zwiększenie personelu „będzie korzystał z pracowników, którymi dysponuje w ramach realizacji innych kontraktów na terenie Warszawy ograniczając w ten sposób konieczność ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z zatrudnieniem podwykonawców lub dodatkowych pracowników fizycznych”. Istotne jest, że nie zwalnia to wykonawcy od uwzględnienia w cenie oferty jakichkolwiek kosztów związanych z

wynagrodzeniem tych osób. W takiej sytuacji wykonawca powinien alokować część kosztów zatrudnienia tych pracowników do przedmiotowego zamówienia, w szczególności koszt wykonywanej przez nich pracy - koszt roboczogodziny. Z udostępnionej części wyjaśnień nie wynika, aby zostały one przez wykonawcę uwzględnione.

Odnosząc się następnie do wskazywanego przez FBService sprzętu, to Odwołujący³ stwierdził, że wyjaśnienia wykonawcy są w tym zakresie niespójne. Z jednej strony wskazywał on bowiem na zlecenie usług sprzętowych podwykonawcom przedstawiając w załączeniu przykładowe oferty, zaś z drugiej strony wskazuje na możliwość nabycia sprzętu na niezwykle atrakcyjnych warunkach finansowych. Wykonawca wskazał również na możliwość delegowania dodatkowego sprzętu. Należy wziąć jednak pod uwagę, że ręczne oczyszczenia, które jest przedmiotem zamówienia wykonywane jest głównie poprzez pracę ludzi, zaś urządzenia i sprzęt mają znaczenie drugorzędne np. w przypadku odśnieżania. Wykonawca wskazał, że spodziewa się łagodnej zimy, dlatego założył małe zużycie soli. Odwołujący stwierdził jednak, że przy kalkulacji ceny oferty należy uwzględnić wszelkie koszty, jakie będzie zobowiązany ponieść wykonawca w toku realizacji zamówienia, tak jak szacował to Zamawiający. Przyjmowanie założeń, że warunki atmosferyczne zimą będą łagodne, przy aktualnej zmienności pogody i klimatu jest jedynie nic niewnoszącym założeniem, które nie może stanowić oparcia dla kalkulacji kosztów (biorąc pod uwagę ulewne deszcze i podtopienia, których nikt się tego lata nie spodziewał, również nadzwyczajne opady śniegu zimą są jak najbardziej możliwe). Wobec tego wykonawca potwierdził, że zakładając łagodną zimą nie uwzględnił w cenie niezbędnej ilości soli do niwelowania śliskości.

FBService nie wskazał też, czy w ramach kosztów sprzętu uwzględnił koszt jego ubezpieczenia. Ponadto posiadanie własnej bazy magazynowo sprzętowej na terenie Warszawy nie oznacza, że FBService może całkowicie pominąć w ofercie koszty z tym związane. Także fakt jej posiadania nie może zostać uznany za obiektywną okoliczność właściwą tylko temu wykonawcy. W kalkulacji ceny oferty powinien on uwzględnić część kosztów związanych z jej funkcjonowaniem (koszty ochrony, wody, prądu, podatku od nieruchomości itp.). Z udostępnionej Odwołującemu³ części wyjaśnień nie wynika, aby te koszty zostały wycenione. Z powyższego wynika więc, biorąc pod uwagę ujawnioną część wyjaśnień ceny FBService, że wykonawca ten nie uwzględnił w cenie oferty wszystkich kosztów niezbędnych do należytego wykonania zamówienia. W ocenie Odwołującego cena zaoferowana przez FBService nie ma charakteru rynkowego, jest nieopłacalna i nie pozwala na należyte wykonanie umowy.

Odwołujący³ analizując kolejno wyjaśnienia złożone przez POLSUPER zauważył, że wykonawca ten wskazał, że kalkulując cenę oferty uwzględnił wszystkie czynniki obiektywne mające wpływ na sposób obliczenia ceny. POLSUPER powołało się na doświadczenie w wykonywaniu usług związanych z utrzymaniem czystości w wielu innych lokalizacjach, a co za tym idzie znajomość specyfiki przedmiotu zamówienia. Odnosząc się do powyższego Odwołujący³ wskazał, że doświadczenie, jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Izby, nie stanowi obiektywnej okoliczności, właściwej tylko temu wykonawcy, która mogłaby stanowić uzasadnienie dla zaoferowania przez niego ceny ofertowej na poziomie niższym niż ceny rynkowe;

Odwołujący³ zauważył, że chociaż dyspozycyjność na którą powoływał się POLSUPER jest to co prawda czynnikiem istotnym z punktu widzenia realizacji zamówienia, to jednak nie ma on przełożenia na wysokość zaoferowanej ceny. Ze względu na czas reakcji przewidziany w SIWZ (np. w przypadku wariantu AZ przy opadach śniegu mogących skutkować śliskością Zamawiający wymaga przystąpienia do prac niezwłocznie nie później niż w ciągu 2/3 godzin od ustania opadów), każdy z wykonawców jest zobowiązany do zapewnienia dyspozycyjności pracowników i stałego funkcjonowania dyspozytorni szczególnie w okresie zimowym. Również zdaniem Odwołującego³ wykonawca POLSUPER nie wykazał w jaki sposób obiektywny - ilość, cena i posiadanie własnego sprzętu miałyby wpłynąć na jego przewagę konkurencyjną. Brak jest dowodów, że czynnik ten w ogóle wpływa na możliwość obniżenia cen i w jakim zakresie, jak to się realnie przekłada na koszty realizacji przedmiotu zamówienia. Także w jego ocenie argument dotyczący posiadania wykwalifikowanych pracowników jest chybiony, bowiem biorąc pod uwagę, że usługi dotyczące ręcznego oczyszczania to typowa prac fizyczna, wysokie kwalifikacje pracowników nie są czynnikiem, który pozwala na obniżenie ceny oferty. Przeciwnie pracownicy z wyższymi kwalifikacjami, którzy uczestniczyli w kursach bez wątplenia oczekują wyższego wynagrodzenia. Natomiast jeżeli wynagrodzenie zostało ustalone na poziomie minimalnego wynagrodzenia za pracę (z uwzględnieniem kosztów pracodawcy i dodatku za pracę w nocy), to bez wątplenia w wyjaśnieniach wykonawcy występuje nieścisłość - skoro POLSUPER twierdzi, że zatrudnia wykwalifikowanych pracowników, to również ich wynagrodzenie powinno być odpowiednio wyższe. Także zdaniem Odwołującego³ wykonywanie przez tych samych pracowników na tym samym terenie innych prac, co zdaniem wykonawcy pozwala na uzyskanie oszczędności na ubraniach dla pracowników, którzy będą wykonywali różne umowy jest argumentacją nieprawidłową. Wykonawca próbuje bowiem przerzucić część kosztów na inne zamówienie, gdy tymczasem powinien alokować część kosztów dot. ubrań dla pracowników do przedmiotowego Postępowania, analogicznie

jak powinien uczynić to w przypadku wynagrodzenia pracowników świadczących usługi wynikające z różnych umów. Z wyjaśnień ceny złożonych przez POLSUPER wprost wynika, że nie zostało to uwzględnione. Wykonawca ten pomimo powoływania się na wewnętrzne normy zakładowe wypracowane na podstawie doświadczenia służącemu optymalizacji kosztów nie wskazał o jakie normy chodzi, czego konkretnie dotyczą i w jaki sposób wpływają na możliwość obniżenia ceny.

Podsumowując Odwołujący³ stwierdził, że pomimo, że nie jest w stanie zweryfikować czy zostały uwzględnione wszystkie niezbędne elementy dotyczące kalkulacji ceny oferty, to jednak biorąc pod uwagę poziom zaoferowanej ceny i fakt, że wskazane przez wykonawcę rzekomo obiektywne okoliczności pozwalające na obniżenie ceny nie są obiektywne, nie są właściwe tylko temu wykonawcy i nie pozwalają na osiągnięcie tak dużych oszczędności, bez wątpienia wykonawca nie uwzględnił w cenie oferty wszystkich niezbędnych kosztów, a zatem zaoferowana przez niego cena ma charakter ceny rażąco niskiej.

Odnosząc się kolejno do wyjaśnień W. F. zauważył, że posiadanie przez tego wykonawcę wieloletniego doświadczenia nie stanowi obiektywnej okoliczności, właściwej tylko temu wykonawcy, która mogłaby stanowić uzasadnienie dla zaoferowania przez niego ceny ofertowej na poziomie niższym niż ceny rynkowe. Odnosząc się kolejno do argumentu dotyczącego posiadania własnego sprzętu, urządzeń i własnych skrzyń do piasku, Odwołujący³ stwierdził, że wykonawca ten nie wykazał w jakikolwiek sposób, że dysponuje odpowiednim sprzętem i wymaganą liczbą skrzyń na piasek, nie wskazał również w jaki sposób okoliczność ta wpływa na wysokość zaoferowanej ceny. Nawet zakładając, że wykonawca posiada wymaganą liczbę skrzyń i sprzętu, to należy uwzględnić w cenie oferty co najmniej koszt ich przechowywania, który ze względu na liczbę wymaganych skrzyń nie jest marginalny i powinien zostać uwzględniony na etapie kalkulacji ceny oferty, czego wykonawca zaniechał. Odwołujący stwierdził, że także argument dotyczący wykorzystania do zimowego utrzymania pracowników z innych realizowanych w tym samym czasie zamówień jest nieprawidłowy, bowiem wykonawca ten przewidział, że w okresie zimowym do odśnieżania będzie wykorzystywał pracowników realizujących umowę zawartą z Zarządem Zieleni m.st. Warszawy dot. „Całorocznej pielęgnacji zieleni niskiej, utrzymania czystości praż konserwacji małej architektury na terenach zieleni położnych wzdłuż dróg krajowych, wojewódzkich i powiatowych na terenie m.st. Warszawy w latach 2019 - 2021”. Wykonawca wskazał, że w czasie opadów śniegu prace związane z realizacją tej umowy wykonywane są w minimalnym zakresie. Istotne jest jednak, że pomimo delegowania do odśnieżania pracowników z innego kontraktu nie ma możliwości całkowitego pominięcia

kosztów związanych z ich wynagrodzeniami. Oczywistym jest, że skoro w okresie zimowym prace związane z pielęgnacją zieleni są prowadzone na mniejszą skalę, to wykonawca przewidział to przy kalkulowaniu ceny oferty złożonej w tamtym postępowaniu np. poprzez ograniczenie liczby etatów w tym okresie. Nawet jeżeli osoby te są dedykowane do wykonywania innej umowy, to nie oznacza, że całość kosztów związanych z ich zatrudnieniem pokrywana jest w ramach innej umowy. Wykonawca powinien alokować część kosztów z tym związanych do przedmiotowego postępowania. Z wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę nie wynika, aby zostało to uwzględnione. Odwołujący³ zauważył kolejno, że W. F. pomimo powołania się na powierzenie części zadań firmie podwykonawczej nie wskazał jednak jak duży zakres zamówienia zrealizuje podwykonawca, natomiast powinien wskazać czy ujął w kalkulacji koszty współpracy z podwykonawcą oraz udowodnić ich założoną wysokość np. umową lub ofertą od podwykonawcy czego również nie uczynił. Również pomimo, iż wykonawca zadeklarował, że dysponuje zapasem piasku, który nie został wykorzystany w poprzednim sezonie, to nie wskazał on ile piasku posiada, nie podjął również jakiegokolwiek próby potwierdzenia tego faktu. Istotne jest ponadto, że pomimo dysponowania zapasem piasku wykonawca nie może pominąć w wycenie oferty m.in. kosztów jego magazynowania. W koszty magazynowania wchodzi: podatki od gruntu, podatek od nieruchomości, koszty amortyzacji budynków magazynowych, ubezpieczenia tych budynków, przeglądu i nadzoru tych budynków, administracji, ochrony. Koszty te bez wątplenia należy uwzględnić w cenie oferty, czego wykonawca W. F. nie uczynił.

Podsumowując, Odwołujący³ stwierdził, że pismo złożone przez wykonawcę w dniu 29 maja 2020 r. stanowi jedynie pozorne wyjaśnienie ceny, ponieważ zawiera niemal wyłącznie ogólne stwierdzenia odwołujące się do sposobu kalkulacji ceny ofertowej. W piśmie tym brak jest dokładnego i konkretnego przedstawienia wszystkich składników cenotwórczych, co uniemożliwia rzeczywistą weryfikację rzetelności i prawdziwości kalkulacji cenowej zastosowanej przez wykonawcę. Kalkulacja przedstawiona przez wykonawcę, pomimo, że została zatytułowana jako „szczegółowa” jest lakoniczna i niepełna, nie wynika z niej skąd pochodzą poszczególne pozycje i w jaki sposób zostały obliczone. Wykonawca nie wskazał m.in. na jakiej podstawie obliczył koszt utylizacji odpadów, jaką cenę za utylizację oraz ilość odpadów przyjął. W wyjaśnieniach nie pojawia się również kwestia kosztów związanych z zapewnieniem dyspozytorni. Nie wskazał również w jaki sposób wyliczył koszty robocizny, materiałów, sprzętu i paliwa. W związku z tym Zamawiający winien był uznać, że tego rodzaju pismo nie stanowi w ogóle niezbędnych wyjaśnień wykonawcy w rozumieniu art. 90 ust. 3 Pzp, co stanowi bezwzględną przesłankę do odrzucenia oferty.

Odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum PUW, Odwołujący³ wskazał, że główny koszt, jaki został przez wykonawcę zaniżony, to koszt związany z zatrudnieniem pracowników. Wykonawca wskazał w wyjaśnieniach ceny, że jeden pracownik sprząta teren o powierzchni 15.000-20.000 m² w ciągu jednego dnia pracy, zaś z ostrożności na potrzeby kalkulacji przyjęto normę 10.000 m². Z doświadczenia Odwołującego³ wynika, że są to zakresy nierealne do spełnienia. W okresie letnim w ciągu jednego dnia pracy pracownik jest bowiem w stanie sprzątnąć teren o powierzchni maksymalnie 3.000 m², zaś w okresie zimowym przy zimowym oczyszczaniu teren o powierzchni maksymalnie 1.500 m². Taki zakres wynika nie tylko z bogatego doświadczenia jakie posiada Odwołujący³ przy realizacji analogicznych zamówień, w tym na rzecz Zamawiającego, ale również z założeń samego Zamawiającego - w postępowaniu dot. ręcznego oczyszczania Zamawiający zastrzegł, że „na 1 pracownika w trakcie wykonywania prac związanych z odśnieżaniem przypadać będzie nie więcej niż 1500m²”, zaś tamto postępowanie nie różniło się niczym od bieżącego.

Ponadto, jak wskazał Odwołujący, Wykonawca ten wskazał w wyjaśnieniach jakie koszty będzie ponosił z tytułu zatrudnienia pracowników w poszczególnych okresach realizacji zamówienia nie wskazując ile osób zamierza zatrudnić i jakie wynagrodzenie będzie im oferował. Przyjmując jednak, że w okresie od 1.10.2020r. do 31.10.2020 r. oraz od 01.04.2021r. do 30.09.2021 r. - 34.583,16 zł/miesiąc wykonawca zamierza zatrudniać pracowników za minimalne wynagrodzenie za pracę obowiązujące w 2020 r., to uwzględniając koszty pracodawcy, z przyjętej przez Konsorcjum PUW kwoty wynika, że na potrzeby realizacji zamówienia we wskazanym okresie wykonawca założył, że będzie potrzebował 11 etatów miesięcznie. Istotne jest, że wskazana kwota dotyczy zatrudnienia nie tylko pracowników fizycznych, ale również kierowców i koordynatora, których stawki są zdecydowanie wyższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Wobec tego przyjęta przez wykonawcę liczba osób, które będą realizowały zamówienie we wskazanym okresie jest nawet niższa niż 11. Doświadczenie Odwołującego³ wskazuje zaś, że należyta realizacji zamówienia we wskazanym okresie wymaga większej liczby pracowników. Odwołujący zauważył, że Konsorcjum PUW w wyjaśnieniach wskazało, że od 01.11.2020 r. do 30.11.2020 r. powiększy kwotę przewidywanego wynagrodzenia z uwagi na możliwość wystąpienia odpadów śniegu i konieczność zatrudnienia ludzi do obsługi sprzętu z dodatkowym wyposażeniem. Wykonawca nie wskazał jednak sposobu w jaki dokonał tych wyliczeń, ilu dodatkowych pracowników uwzględnił w tym okresie. Wyjaśnienia wykonawcy nie pozwalają na stwierdzenie, że wziął on pod uwagę, że zmiana warunków atmosferycznych i możliwość opadów śniegu wpłynie na wielkość powierzchni jaką w ciągu dnia pracy będzie w stanie posprzątać pracownik. Doświadczenie Odwołującego³ wskazuje

zaś, że należyta realizacji zamówienia we wskazanym okresie wymaga większej liczby pracowników.

Odwołujący³ podkreślił, że w odpowiedzi wykonawcy z dnia 29 maja 2020 r. brakuje konkretnego wskazania na podstawy oszacowania kosztów prac. Za podstawę taką, która pozwalałaby na ustalenie, iż wykonawca dokonał realnego ustalenia kosztów wykonania zadania, nie może być przyjęte wieloletnie doświadczenie, które pozwala na uzyskanie niższych kosztów. Sformułowanie takie, jeżeli nie jest poparte odpowiednimi dowodami, jest jedynie ogólnym stwierdzeniem, którego nie można uznać za rzeczywiste udowodnienie możliwości zrealizowania zamówienia za cenę w sposób znaczący odbiegającą od szacowanej wartości zamówienia (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 września 2017 r., sygn. akt: 1874/17).

Odwołujący³ wskazał ponadto, że Konsorcjum PUW poza kosztami zatrudnienia wymienił w wyjaśnieniach również inne koszty, które uwzględnił przy kalkulacji ceny oferty. Nie wskazał jednak na jakiej podstawie i w jaki sposób zostały one wyliczone. Nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, które potwierdzałyby poziom wskazanych kosztów. Niektóre z wymienionych kosztów na pierwszy rzut oka zostały znacząco zaniżone - tytułem przykładu należy wskazać na ubrania dla pracowników. Wykonawca przewidział, że koszty z tym związane będą wynosiły 1.500,00 zł. Na ubranie pracowników składają się: kombinezon, kamizelka, rękawiczki, a w porze zimowej również kurtka. Biorąc pod uwagę, że Wykonawca na potrzeby realizacji zamówienia będzie zatrudniał kilkunastu pracowników, a umowa ma trwać przez 12 miesięcy, to kwota 1.500,00 zł jest z całą pewnością niewystraszająca na zapewnienie ubrań dla wszystkich pracowników przez cały okres trwania umowy. Z uwagi na specyfikę prac porządkowych ubrania pracowników niszczą się znacznie szybciej, co również należało uwzględnić. Z wyjaśnienia nie wynika także, aby w cenie oferty wykonawca uwzględnił koszty związane z zapewnieniem działania dyspozytorni.

Podsumowując, Odwołujący³ stwierdził, że z uwagi, iż cena oferty tego wykonawcy jest o ponad 30 % niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, a wykonawca ten nie powołał się na jakiegokolwiek szczególne okoliczności sprzyjające obniżeniu ceny oferty, nie ulega wątpliwości, że zaoferowana przez niego cena spełnia przesłanki do uznania jej za rażąco niską.

Analizując wyjaśnienia złożone w części VI przez FAGUS Odwołujący³ wskazał, że pomimo twierdzenia dotyczącego znajomości terenu i dobrego rozplanowania prac oraz bliskość bazy firmy nie wskazał on w jaki sposób te okoliczności mają wpłynąć na możliwość zaoferowania tak niskiej ceny. Również według Odwołującego³ posiadanie własnego sprzętu

w przypadku podmiotów posiadających doświadczenie w realizacji tego typu usług, nie jest okolicznością nadzwyczajną, właściwą tylko FAGUS. Wykonawca nie wskazał ponadto o jaki sprzęt chodzi oraz w jaki obiektywny sposób miałyby to wpłynąć na jego przewagę konkurencyjną. Brak jest dowodów, że czynnik ten w ogóle wpływa na możliwość obniżenia cen i w jakim zakresie, jak to się realnie przekłada na koszty realizacji przedmiotu zamówienia. Zauważył, że Fagus chociaż powoływał się na dostępne mu rabaty nigdzie nie wskazał ich wysokości ani nie określił dla jakich konkretnie materiałów zostały one udzielone. Z zawartej na stronie 3 wyjaśnień listy załączników wynika również, że wykonawca ten nie dołączył do wyjaśnień żadnych dokumentów w postaci np. oświadczeń podmiotów z którymi współpracuje, potwierdzających że takie rabaty i upusty rzeczywiście mu przysługują i w jakiej wysokości (również z listy utajnionych załączników nie wynika, aby wykonawca przedstawił jakikolwiek dowód na tę okoliczność). Okoliczność tą należy zatem uznać za nieudowodnioną. Co więcej wyjaśnienia złożone przez FAGUS nie zawierają żadnej gwarancji, czy dowodu niskich cen materiałów w perspektywie 12 miesięcy trwania umowy. Nie jest to więc czynnik obiektywny, który gwarantuje przewagę konkurencyjną i to taką, która pozwalałaby na obniżenie ceny aż o ok. 800.000 zł w stosunku do wartości zamówienia. Także okoliczność, że pracownicy posiadają fachową wiedzę, umiejętności i doświadczenie to biorąc pod uwagę, że większość czynności związanych z ręcznym oczyszczaniem wykonywanych jest zazwyczaj przez pracowników z najniższym wykształceniem, (co wykonawca sam potwierdził w wyjaśnieniach) którzy osiągają stawkę zbliżoną do minimalnego wynagrodzenia, to fakt posiadania przez nich fachowej wiedzy i umiejętności może wpływać co najwyżej na zawyżenie ceny oferty, bowiem wykwalifikowany pracownik będzie mógł pozwolić sobie na negocjowanie stawki wynagrodzenia i niechęć do pracy za minimalne wynagrodzenie za pracę. Również Odwołujący³ podkreślił, że w wyjaśnieniach nie wskazano liczby pracowników, który zostaną delegowani do świadczenia usług w poszczególnych okresach realizacji zamówienia. Wykonawca wskazał na kierowców i pracowników fizycznych pomijając pracowników dyspozytorni, kadry zarządzającej. Wykonawca nie odniósł się również do konieczności uwzględnienia w cenie oferty prognozowanego wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2021 r. oraz kosztów związanych z dodatkiem za pracę w nocy. W związku z tym z wyjaśnień wynika, że cena oferty nie zawiera wszystkich wymaganych kosztów związanych z zatrudnieniem. Wykonawca powołał się również na realizowane aktualnie na terenie Warszawy prace o podobnym przedmiocie wskazując, że „przy kalkulacji cenowej brał pod uwagę kompleksowość wykonywanych prac oraz zasięg terenu obsługi”. Nie wyjaśnił natomiast jak jego zdaniem zaangażowanie w inne projekty miałyby wpłynąć na koszt wykonania

zamówienia i przyczynić się do obniżenia ceny oferty. Także wskazywana przez Fagus okoliczność, że wykonuje inne usługi polegające na utrzymaniu czystości i porządku oraz pielęgnacji zieleni, co pozwala na zapewnienie płacy minimalnej pracownikom powoduje, że nawet korzystając z pracowników realizujących na co dzień inne zamówienia wykonawca musi uwzględnić w cenie oferty proporcjonalne koszty ich zatrudnienia związane z realizacją usług wynikających z przedmiotowej umowy.

Odwołujący³ wskazał, że Wykonawca PU A. P. w wyjaśnieniach stwierdziła, że do realizacji zamówienia przewidziano 40 pracowników fizycznych, 2 osoby z nadzoru, 1 kierowcę. Zdaniem Odwołującego³ podczas kalkulacji ceny oferty wykonawca nie uwzględnił jednak prognozowanego wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz dodatków za pracę w nocy w wysokości 20% stawki godzinowej wynikającej z minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującego w danym roku. Z uwagi na to, że dla 40 pracowników przewidziano stawkę minimalnego wynagrodzenia, okoliczność związana z tego podwyższeniem będzie miała realny wpływ na wysokość kosztów wykonawcy. Ponadto, pomimo, że wykonawca przewidział zatrudnienie 1 kierowcy wskazując, że będzie się on zajmował zbieraniem i transportem odpadów, rozwożeniem skrzyń i uzupełnianiem mieszanki piaskowo-solnej oraz innymi pracami pomocniczymi, to nie przewidziano jednak, że kierowca będzie zajmował się transportem pracowników, wobec tego nie wiadomo w jaki sposób będzie się odbywał ich transport. Nawet gdyby kierowca miał zajmować się również transportem pracowników fizycznych z i do bazy, to w związku z tym, że wykonawca planuje zatrudnić 40 pracowników fizycznych, jeden kierowca bez wątplenia nie byłby wystarczający. W związku z tym w kalkulacji ceny nie uwzględniono kierowców, którzy będą transportować pracowników ewentualnie uwzględniono zbyt małą liczbę kierowców.

Również Odwołujący³ stwierdził, że pomimo, iż PU A. P. wskazała w wyjaśnieniach cenę zakupu soli do mieszanki piaskowo- solnej dołączając na jej potwierdzenie ofertę, to istotne jest, że oferta ta ważna jest jedynie do 30 września 2020 r. Nie stanowi więc gwarancji ceny mieszanki piaskowo-solnej w perspektywie 12 miesięcy trwania umowy. Gdyby wykonawca zdecydował się na zakup zapasu soli po cenie wynikającej z oferty załączonej do kalkulacji należałoby uwzględnić dodatkowo koszty jej magazynowania, w tym: podatki od gruntu, podatek od nieruchomości, koszty amortyzacji budynków magazynowych, ubezpieczenia tych budynków, przeglądu i nadzoru tych budynków, administracji, ochrony. Wykonawca nie uwzględnił jednak tych kosztów w cenie oferty.

W zakresie kosztów związanych z zakupem materiałów i narzędzi wykonawca uwzględnił również zakup 2 pojazdów do 3,5 tony do transportu pracowników i wywozu

urobku, skrzyń i mieszanki w wysokości 50.000 zł za sztukę. Wykonawca doliczył również koszt amortyzacji pojazdów. Wśród poszczególnych pozycji kalkulacji brakuje uwzględnienia kosztów warsztatu, przeglądów, ubezpieczenia, które mają wpływ na koszt realizacji zamówienia. Istotne jest ponadto, że 2 pojazdy nie są wystarczające do transportu 40 pracowników fizycznych w okresie zimowym. Podkreślenia wymaga, że w okresie letnim wykonawca przyjął, że usługi będzie świadczyło 18 pracowników. Pomimo ponad dwukrotnego zmniejszenia liczby pracowników względem okresu zimowego, wykonawca przewidział taką samą liczbę pojazdów do transportu. Świadczy to o nieściślności w kalkulacji ceny oferty, które budzą istotne wątpliwości co do prawidłowości dokonanej kalkulacji. Istotne jest, że 2 pojazdy nie wystarczą nawet do transportu 18 pracowników, muszą być to bowiem samochody skrzyniowe (z miejscem na tzw. urobek, czyli śmieci zebrane z rejonu) oraz z miejscem na sprzęt - szufle, miotły, worki itp. Wśród materiałów i narzędzi wymienionych w wyjaśnieniach, które zostały uwzględnione w cenie oferty pojawiły się również: piasek do mieszanki, zgarniaczki do śniegu, szufle na zmiotki, ubrania dla pracowników, miotły, skrzynie na mieszankę piaskowo-solną. Poza ofertą na zakup soli wykonawca nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego wysokość wskazanych kosztów powołując się jedynie na niczym niepotwierdzone oferty ustne. Wobec tego koszty te należy uznać za nieudowodnione. PU A. P. wskazała także, że wśród kosztów przewidziano również wynajem 6 ciągników do zimowego oczyszczania doraźnego z ubezpieczeniem. Z wyjaśnień ceny nie wynika jednak w opinii Odwoływającego³, aby w cenie oferty uwzględniono koszty związane z zatrudnieniem operatorów ciągników. Wykonawca do obliczenia kosztu paliwa do samochodów przyjął 363 akcje sprzątnia. Wśród interwencji wymagających przejazdu pojazdów nie uwzględniono jednak odśnieżania. W związku z tym nie ujęto w cenie oferty kosztów z tym związanych. Ponadto wykonawca ten kalkulując cenę dokonał wyliczenia kosztów związanych z utylizacją zebranych odpadów jedynie o kodzie 20 03 03, pominął zaś konieczność utylizacji odpadów ze sprzątnia w cyklu, w tym m.in. piasku. Wykonawca przyjął, że odpady które ma zutylizować pochodzić będą wyłącznie z pozycji CWZ, czyli wywóz zanieczyszczeń, nie przyjął zaś, że odpady powstają także podczas zmiatania ręcznego w okresie zarówno zimowym jak i letnim oraz podczas akcji doraźnego oczyszczania (wynika to z przyjętej objętości odpadów). Wykonawca nie wycenił więc kosztów z tym związanych.

Odwoływający³ zauważył także, że wykonawca PU A. P. przyjęła do kalkulacji ceny oferty koszt utrzymania bazy sprzętowej w wysokości 500,00 zł miesięcznie w okresie zimowym i 250,00 zł miesięcznie w okresie letnim (bowiem będzie ona wówczas wykorzystywana w 50 %). Koszt ten został określony na podstawie faktury VAT wystawionej przez Rzeczną Invest

sp. z o.o. Wykonawca pominął jednak, że poza czynszem najmu występują również inne wydatki związane z bazą, w tym koszty ochrony, opłat eksploatacyjnych - prądu, wody.

Ponadto wykonawca ten, jak wskazał Odwołujący³, w okresie letnim przewidział, że 1 pracownik w ciągu 8 godzin będzie w stanie posprzątać 5.000 m² powierzchni. Jednak jak wynika z doświadczenia Odwołującego³ są to zakresy nierealne do spełnienia.

W konsekwencji Odwołujący³ stwierdził, że wyjaśnienia ceny złożone przez PU A. O. potwierdzają, że w cenie oferty wykonawcy nie zostały uwzględnione wszystkie koszty jakie będzie zobowiązany ponieść wykonawca na etapie realizacji przedmiotowego zamówienia. Poza wymienionymi powyżej kosztami wykonawca nie uwzględnił m.in. kosztów dyspozytorskich, kosztów wywozu śniegu, prac doraźnego oczyszczania letniego i zimowego, kosztów ciepłych posiłków w zimę dla pracowników oraz wody w okresie letnim. W związku z tym zaoferowana w toku aukcji cena nie pozwala na należyte wykonanie zamówienia. Wykonawca nie tylko nie uwzględnił wszystkich niezbędnych kosztów, ale również nie udowodnił wysokości kosztów wskazanych w kalkulacji.

Odnosząc się kolejno do wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Art, Odwołujący³ zauważył, że jak wynika z wyjaśnień tego wykonawcy planuje on zatrudnienie 2 kierowców, 2 brygadzystów i 26 pracowników liniowych, co w ocenie Odwołującego nie pozwoli na należyłą realizację przedmiotowego zamówienia. Co więcej Konsorcjum Art nie przewidziało, że zakres obowiązków i wydajność pracowników latem i zimą będzie inna, co należało uwzględnić przy wycenie kosztów zatrudnienia. Z wyjaśnień wykonawcy nie wynika również, że wziął on pod uwagę dodatek za pracę w nocy i prognozowany wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2021 r. Ponadto Odwołujący³ wskazał, że Konsorcjum Art przewidział koszt wyposażenia pracowników w niezbędny sprzęt do wykonania prac wyniesie w skali miesiąca 4.866,52 zł brutto, a w skali całego zamówienia 58.398.24 zł brutto. Kwota ta, zdaniem Odwołującego³, nie jest wystarczająca, aby wyposażyć 30 pracowników w niezbędny sprzęt (nawet gdyby przyjąć, że jest to wystarczająca liczba pracowników, co Odwołujący kwestionuje). Z prostego działania arytmetycznego wynika, że na jednego pracownika przypada miesięcznie sprzęt o wartości ok. 162 zł. Biorąc pod uwagę zakres zamówienia jest to zdecydowanie zbyt mało.

Również Odwołujący³ wskazał, że Konsorcjum Art nie wskazało na jakiej podstawie obliczono koszt 8.450,00 zł brutto na zakup środków chemicznych do wykonania prac (piasek, sól) w skali miesiąca, nie wskazano prognozowanego zużycia, ani ceny jaką przyjęto do wyliczeń, nie przedstawiono również jakiegokolwiek dowodu, który potwierdzałby poziom przyjętych stawek. Według Odwołującego³ Konsorcjum Art nie wskazało w

wyjaśnieniach na jakie podstawie została obliczona zarówno kwota za transport jak i liczba kilometrów jakie przejedzie każdy z samochodów. W ocenie Odwołującego³ założenia te są nieprawidłowe - odległość jaką będzie musiał przejechać miesięcznie każdy z samochodów jest zaniżona. W związku z tym że została również zaniżona liczbą pracowników, których pracę będzie trzeba wykorzystywać do świadczenia usług zimą, 5 samochodów nie wystarczy na ich dowożenie. Należy również wziąć pod uwagę, że wykonawca nie wspomina co składa się na koszty transportu, w kwocie tej poza kosztem paliwa powinny być również ujęte amortyzacja, ubezpieczenie, koszty warsztatu. Z uwagi na wysokość przyjętych kosztów transportu wymienione koszty nie mogły zostać uwzględnione, co doprowadziło do zaniżenia ceny.

Zdaniem Odwołującego³, w wyjaśnieniach Konsorcjum Art brakuje ponadto uwzględnienia kosztów związanych z bazą magazynowo sprzętową, kosztów zapewnienie funkcjonowania dyspozytorni, ogólnych kosztów eksploatacyjnych (m.in. prąd, woda), nie uwzględniono również w kalkulacji kosztów związanych ze zbieraniem śniegu, kosztów akcji interwencyjnych, doraźnego odśnieżania i oczyszczania, kosztu ciągników. W związku z tym Konsorcjum Art nie ujęło w cenie oferty wszystkich kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia, a zaoferowana na etapie aukcji cena nie pozwala na jego należyte wykonanie.

Odnosząc się kolejno do zarzutu dotyczącego bezzasadnego zastrzeżenia jawności części wyjaśnień rażąco niskiej ceny i załączników do wyjaśnień Odwołujący³ wskazał, że analiza złożonych przez FBSerwis, POLSUPER i Fagus, wyjaśnień prowadzi do wniosku, że wykonawcy ci objęli ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa znaczącą część wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz załączniki do nich, w szczególności zestawienie wszystkich elementów cenotwórczych i założenia do wyceny (POLSUPER), zestawienie kosztów (Fagus). Wykonawca FBSerwis objął tajemnicą przedsiębiorstwa całość wyjaśnień, jednak Zamawiający zdecydował się na ich częściowe odtajnienie. Zamawiający nie udostępnił pozostałym wykonawcom m.in. części pisma stanowiącego wyjaśnienia oraz załączników w postaci kalkulacji zestawienia kosztów i założeń do zysku, przykładowych ofert podwykonawczych, kopii umów zawartych z kontrahentami oraz dokumentów potwierdzających stosowanie środków zapobiegających ujawnieniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W opinii Odwołującego³, zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym, przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Zgodnie z brzmieniem art. 8 ust. 3 Pzp, wykonawca chcący zastrzec zawarte w ofercie informacje

stanowiące dla niego tajemnicę przedsiębiorstwa, zobowiązany jest wykazać, nie później niż w terminie składania ofert, że nie mogą być one udostępniane i udowodnić, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest zatem nie tylko wykazanie, iż dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k, ale również - prawidłowe wykazanie tego faktu nie później niż w dniu składania ofert. Bezzasadność dokonanego zastrzeżenia, brak złożenia w ofercie uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia skutkować musi odtajnieniem przedmiotowych informacji. Obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia spoczywa na Zamawiającym, który zgodnie z art. 8 ust. 1-3, jak również art. 7 ust. 1 Pzp, zobowiązany jest do rzetelnego przeprowadzenia tej czynności i ujawnienia informacji nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

Według Odwołującego³, nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności określonych informacji jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Utrzymanie takiego zastrzeżenia, stanowi naruszenie nie tylko art. 8 ust. 1 -3 Pzp, ale również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp.

Odnosząc się do przedstawionego przez FBSerwis, Konsorcjum POLSUPER i Fagus uzasadnienia objęcia informacji zawartych w załącznikach do wyjaśnień (i częściowo również w treści pisma głównego w przypadku FBSerwis) ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa należy zwrócić uwagę na fakt, że nie potwierdzają one zasadności zastrzeżenia całości dokumentów, w tym w szczególności zasadności zastrzeżenia ujętych w wycenie czynników cenotwórczych (przy czym wyjaśnienia Konsorcjum POLSUPER i Fagus są niemal identyczne). Skoro przedstawione przez wykonawców uzasadnienie tajemnicy jest niewystarczające (nie sprostali oni ciężarowi wykazania, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa) to należy stwierdzić, iż załączniki do wyjaśnień (oraz części wyjaśnień w przypadku FBSerwis) nie zostały skutecznie zastrzeżone, a zatem ich nieudostępnienie przez Zamawiającego stanowi naruszenie szeregu przepisów Pzp.

Odpowiadając na odwołanie w sprawie KIO 1534/20 Zamawiający przedstawił analogiczne stanowisko jak w sprawie KIO 1514/20 i w konsekwencji wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący FBService w piśmie procesowym z dnia 13 sierpnia 2020r. wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący FBService powtórzył stanowisko zaprezentowane w piśmie procesowym złożonym w sprawie o sygn.. KIO 1502/20 i dodatkowo wskazał, że wbrew twierdzeniom Remondis, wykazał on w wyjaśnieniach pełne koszty wynagrodzenia pracowników. Wskazał stawkę tegoż wynagrodzenia na poziomie wyższym niż wynikający z przepisów wynagrodzenia za pracę. Co istotne jest to uśredniona stawka za jedną roboczogodzinę, jaka realnie jest wypłacana pracownikom zatrudnionym przy czynnościach utrzymania (w tym utrzymania czystości i przejezdności) dróg. Biorąc pod uwagę okoliczność, że stawka ta jest wyższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, FBService nie widział potrzeby zakładania jakiegokolwiek rezerwy na jej podwyższenie w związku z prognozowaną zmianą wynagrodzenia minimalnego w roku 2021. Również nie było potrzeby zakładania wzrostu wynagrodzeń wynikającego z normalnych stosunków rynkowych - po pierwsze z powodu wskazanej w wyjaśnieniach sytuacji związanej z COVID-19, po wtóre zaś dlatego, że okres realizacji zamówienia udzielanego w postępowaniu wynosi zaledwie 12 miesięcy, a FBService w tak krótkim okresie nie przewiduje wzrostu wynagrodzeń wypłacanych pracownikom zatrudnionym przy tym zamówieniu. Przystępujący FBService podkreślił, że wskazana stawka nie jest stawką wynikającą z wynagrodzenia zasadniczego (tj. wynagrodzenia przed naliczeniem dodatków, w tym dodatków za pracę w nocy), lecz stawką realnie wypłacaną pracownikom - takim właśnie, którzy znaczną część obowiązków wykonują. Tym samym nie sposób wywieść z wyjaśnień, aby ww. stawka nie obejmowała jakichkolwiek dodatków (w tym dodatku za pracę w godzinach nocnych). Podkreślił, że nawet przyjmując minimalny poziom wynagrodzenia na rok 2021 zgodny z przyjętymi w ostatnich dniach założeniami Rządu, tj. na poziomie 2 800,00 zł brutto (tj. 2 061,67 zł netto - realnie wypłacanego pracownikom „na rękę”), to ww. wynagrodzenie minimalne w przeliczeniu za jedną godzinę pracy wyniesie 12,27 zł netto. Doliczając do tej stawki podnoszony przez Odwołującego dodatek za pracę w porze nocnej (20%), wyniesie ona 14,73 zł - co w dalszym ciągu jest niższe od zakładanej przez FBService stawki. W związku z powyższym stwierdził, że zarzuty Remondis co do braku wykazania w wyjaśnieniach pełnych kosztów pracy czy też braku uwzględnienia przedmiotowych kosztów w cenie ofertowej nie znajdują potwierdzenia w materiale dowodowym.

Kolejno FBService wskazał, że podnoszone przez Odwołującego koszty dotyczące zapewnienia dyspozytorni nie są kosztami zmiennymi realizacji zamówienia udzielanego w postępowaniu. Z racji prowadzonej działalności i obsługi innych kontraktów posiada on zorganizowaną dyspozytornię i dyspozytorów obsługujących łącznie te kontrakty.

Powierzenie im czynności objętych zamówieniem udzielanym w postępowaniu nie będzie się zatem wiązało z jakimikolwiek dodatkowymi nakładami - nie będzie to wymagało zatrudnienia dodatkowych osób, zakupienia sprzętu czy pozyskiwania dodatkowych pomieszczeń. Wskazał ponadto, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wymagał zatrudnienia dyspozytora dedykowanego wyłącznie do obsługi tego zamówienia, a z jego doświadczenia wynika jednoznacznie, że jedno stanowisko dyspozytorskie jest w stanie obsłużyć kilka zamówień o zbliżonej skali. Wyjaśnił, że uwzględnił część ww. kosztów związanych z obsługą dyspozytorni co wynika z załącznika nr 5 objętego przez niego tajemnicą przedsiębiorstwa.

Kolejno wskazał w niejawnej części wyjaśnień koszty związane z przejazdami pracowników i wyjaśnił, że udział tych kosztów dla niniejszego zamówienia jest stosunkowo niewielki, bowiem miesięczne koszty dojazdów pracowników brygad ręcznego oczyszczania zamykają się w kwocie, którą przy cenie ofertowej Przystępującego trudno jest uznać czynnik wpływający na prawidłowość kalkulacji ceny ofertowej.

Przystępujący wyjaśnił, że w cenie ofertowej uwzględnił również koszty utylizacji odpadów. Wskazał dokładnie zakładane ilości odpadów w części dotyczącej założeń kalkulacyjnych (w podziale na poszczególne czynności) oraz ujął je w kalkulacji stanowiącej załącznik nr 5 do Wyjaśnień. Także koszty sprzętu zostały ujęte w kalkulacjach stanowiących Załącznik nr 5 do Wyjaśnień - odpowiednio w pozycji dotyczącej podwykonawstwa (w sytuacji, gdy usługi będą świadczone przez podwykonawców), amortyzacji (w zakresie sprzętu należącego do Przystępującego, który podlega amortyzacji) oraz pozostałych kosztów (pozostały drobny sprzęt).

Ponadto wykazał, że dysponuje w pełni zamortyzowanym sprzętem z racji zakończenia świadczenia usług utrzymania czystości pasów drogowych Miasta Poznania oraz konieczności wymiany sprzętu wykorzystywanego dotychczas przy usługach oczyszczania Miasta Wrocławia (wymagania przetargowe wymagają używania sprzętu nowszego). Sprzęt ten został w znacznej części zamortyzowany, co obniża wysokość kosztów zmiennych ponoszonych w związku z realizacją zamówienia udzielanego w postępowaniu.

Przystępujący FB Serwis podkreślił, że wskazywał w wyjaśnieniach, że ma zapewnioną możliwość elastycznego kierowania do realizacji zamówienia zarówno podwykonawców, jak i własnych zasobów sprzętowych (sprzętu własnego) - i oba te czynniki uwzględnił w kalkulacjach stanowiących przedmiot zamówienia. Natomiast ostateczna decyzja, czy do danych zadań wykorzystany będzie sprzęt własny, czy podwykonawców, podejmowana będzie każdorazowo na etapie realizacji zamówienia - w oparciu o analizę efektywności

ekonomicznej obu tych rozwiązań (tj. w zależności od tego, które z nich będzie tańsze lub które zasoby będą w danym momencie bardziej dostępne).

Odnosząc się do zarzutu Remondis dotyczącego braku uwzględnienia kosztów magazynowania soli wyjaśnił, że magazynowanie soli na terenie wskazanej w wyjaśnieniach bazy magazynowej nie generuje żadnych dodatkowych kosztów, a więc trudno jest uznać, aby jakiegokolwiek koszty musiał doliczyć do ceny ofertowej. Wbrew sugestiom Odwołującego³, magazynowanie soli nie spowoduje wzrostu podatku od nieruchomości, zużycia prądu czy amortyzacji budynków - są to bowiem koszty stałe funkcjonowania i działalności Przystępującego, które w cenie ofertowej tego zamówienia nie muszą być pokryte.

Remondis w piśmie procesowym z dnia 27 sierpnia 2020r. podtrzymał zarzuty odwołania oraz dodatkowo wskazał, że wymienieni w odwołaniu wykonawcy nie obalili domniemania rażąco niskiej ceny. Nie sprostali temu również Zamawiający. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie odniósł się wyłącznie do wyjaśnień wykonawców FBSerwis oraz Fagus sp. z o.o., podczas gdy Odwołujący kwestionował w odwołaniu również ceny ofert złożonych przez: W. F., PU A. O., Konsorcjum ART (w zakresie części VI) oraz Konsorcjum POLSUPER, W. F., Konsorcjum PUW (w zakresie części VIII). Zdaniem Odwołującego³, fakt, że pozostali wykonawcy nie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i nie podjęli próby obrony przed argumentacją Odwołującego, może wskazywać na zasadność podnoszonych przez niego zarzutów co do nieprawidłowej wyceny ofert.

W ocenie Odwołującego ceny zaoferowane przez wskazanych powyżej wykonawców nie mają charakteru rynkowego, są nieopłacalne i nie pozwalają na należyte wykonanie nawet gwarantowanego zakresu zamówienia. Wskazał, że każdy z wykonawców, kalkulując cenę oferty dotyczącej realizacji tego samego zamówienia powinien, co do zasady przyjąć te same czynniki cenotwórcze. W związku z tym, że podstawą realizacji usług będących przedmiotem zamówienia jest praca ludzi, a ze względu na specyfikę zamówienia korzystanie z urządzeń mechanicznych jest znacząco ograniczone, to liczba osób do realizacji zamówienia jest czynnikiem stałym, który nie powinien się zbytnio różnić w kalkulacjach poszczególnych wykonawców. Każdy pracownik jest bowiem w stanie w ciągu godziny oczyścić tę samą powierzchnię i bez użycia urządzeń mechanicznych nie da się tego procesu przyspieszyć. Wyjaśnił, że ze sporządzonych przez niego kalkulacji - przygotowanych na podstawie wieloletniego doświadczenia - wynika, że żaden z wybranych wykonawców (zarówno w części VI jak i VIII) nie jest w stanie zrealizować zamówienia za

cenę wylicytowaną podczas aukcji. Kalkulacje przygotowane przez Odwołującego³ opierają się na minimalnym wynagrodzeniu za pracę w 2020 r. Z jego doświadczenia wynika jednak, że niemal niemożliwe jest znalezienie w Warszawie osób chętnych do tak ciężkiej pracy za minimalne wynagrodzenie, a realia warszawskiego rynku pracy kreują stawki godzinowe za tego typu pracę na poziomie 30,00 zł netto za godzinę.

Następnie Odwołujący³ wskazał, że z dokonanych przez niego wyliczeń i analizy wyjaśnień wynika, że wykonawcy, których ceny są kwestionowane jako zaniżone, musieli założyć wysoki poziom zmechanizowania prac poprzez realizację ich przy użyciu małych ciągników. Jednak nie ma możliwości odśnieżania ciągnikiem np. przystanków komunikacji miejskiej. Może to być czynność wykonywana incydentalnie w nocy, gdy nie ma na nich pasażerów, tam gdzie przystanek jest pozbawiony wiaty, kosza, latarni, słupków ograniczających parkowanie. Powoduje to, że zmechanizowanie odśnieżania może odbywać się jedynie w nieznacznym zakresie.

Zdaniem Odwołującego³ nie jest prawdą, jak wskazuje Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że wyjaśnienia wykonawców nie tracą na wiarygodności m.in. z tej przyczyny, że nie wyodrębniają kosztów stałych, które i tak są ponoszone przez przedsiębiorcę niezależnie od tego czy uzyska przedmiot zamówienia, czy nie. Na brak obowiązku ujmowania kosztów stałych (oraz marży) w wycenie wskazywał również Przystępujący FBSerwis w piśmie złożonym na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2020 r., czym przyznał, że ujął w zestawieniu czynników cenotwórczych wyłącznie koszty bezpośrednie, pomijając koszty stałe i zysk. Wykonawca potwierdził więc, że cena jego oferty nie obejmuje wszystkich kosztów, jakie zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej powinny zostać uwzględnione. Według Odwołującego wykonawca FBSerwis zupełnie pominął podczas kalkulacji ceny oferty ewentualne rezerwy na nieprzewidziane wydatki, co biorąc pod uwagę aktualną sytuację - pandemię COVID 19, która z dnia na dzień ponownie przybiera na sile, wskazywanie na brak konieczności uwzględniania nieprzewidzianych wydatków jest działaniem co najmniej nierozsądnym. Przedmiotowe zamówienia opiera się na pracy ludzi, zaś ze względu na rozprzestrzenianie się wirusa, niewykluczona jest obowiązkowa kwarantanna pracowników. Jeden zarażony pracownik wystarczy bowiem, aby cały zespół został skierowany na przymusową kwarantannę. Będzie to skutkowało koniecznością tymczasowego zatrudnienia nowego zespołu (zakładamy bowiem, że pozostali pracownicy realizują inne kontrakty). O ile istnieją zawody, w których praca zdalna nie jest problemem, o tyle ręczne oczyszczanie ulic do nich nie należy. Wykonawca z jednej strony wskazuje na bogate doświadczenie, z drugiej zaś wręcz infantylnie i nieprofesjonalnie podchodzi do kwestii istotnej z punktu widzenia niezakłóconego świadczenia usług - konieczności uwzględnienia rezerw na nieprzewidziane

wydatki. Zauważył, że Przystępujący FBService S.A. pomimo braku ujawnienia złożonych wyjaśnień przyznał, że w kalkulacji ceny oferty nie uwzględnił jakiejkolwiek rezerwy na ryzyka związane z realizacją zamówienia.

Ponadto, według Remondis Przystępujący FBService nie uwzględnił w cenie oferty kosztów pracodawcy oraz kosztów związanych z dodatkiem za pracę w nocy. Wykonawca wskazał bowiem, że nawet jeżeli miałby ten dodatek doliczyć, to nadal oferowana przez niego stawka jest wyższa niż stawka minimalna. Wobec tego doszło to obniżenia oferowanej pracownikom stawki za godzinę pracy, tak aby przyjęta do kalkulacji stawka obejmowała również 20% dodatek za pracę w nocy. W związku z tym, rynkowe stawki przyjęte do kalkulacji ceny oferty zostały de facto obniżone o 20%. Wykonawca stara się więc dopasować zaoferowaną cenę i przyjęte w wyjaśnieniach ceny stawki, do podnoszonych zarzutów - z pisma FBService wynika więc następujące stanowisko - podczas wyceny oferty nie uwzględniono dodatku za pracę w nocy, ale mimo wszystko jego dodanie nadal powoduje, że oferowana stawka jest wyższa niż minimalna krajowa. Istotne jest jednak, że stawka obniżona o 20% nie jest już atrakcyjnym wynagrodzeniem, za które na specyficznym warszawskim rynku uda się zatrudnić pracowników do realizacji zamówienia.

Ponadto w ocenie Odwołującego wskazywane przez Przystępującego FBService nie potwierdzają doświadczenia wykonawcy w realizacji usług o podobnym jak przedmiotowy zakresie. FBService S.A. wymienił bowiem projekty dot. konserwacji oświetlenia ulicznego, serwisu, naprawy i remontu systemów, instalacji i urządzeń elektroenergetycznych, obsługi eksploatacyjnej i serwisu technicznego systemów instalacji technicznych. Usługi te nie mają związku z ręcznym oczyszczaniem miasta, wobec tego doświadczenie zdobyte w toku ich realizacji ma niewielkie przełożenie na realizację usług będących przedmiotem postępowania.

Odnosząc się do stanowiska FBService, że nie jest on zobowiązany do uwzględniania w cenie oferty kosztów związanych z funkcjonowaniem bazy magazynowej, w której przechowuje sól, bowiem „są to koszty stałe funkcjonowania i działalności Przystępującego, które w cenie ofertowej tego zamówienia nie muszą być pokryte stwierdził, że to twierdzenie nie znajduje odzwierciedlenia w bogatym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Część kosztów związanych z funkcjonowaniem bazy powinna być bowiem alokowana do tego postępowania i ujęta w cenie oferty.

Ustosunkowując się do twierdzeń FBService, że przyjęcie małej ilości soli do usuwania śliskości powierzchni w związku z przewidywaną łagodną zimą jest elementem szacowania ryzyka Odwołujący³ stwierdził, że wykonawca nie powinien jednak zakładać, że nie dojdzie do realizacji niektórych usług, powinien on uwzględnić w cenie oferty cały przedmiot

zamówienia. Pomijanie na etapie kalkulacji ceny oferty kosztów związanych z realizacją części przedmiotu zamówienia nie jest elementem szacowania ryzyka, a de facto tworzeniem takiego ryzyka. Zamawiający przewidując wysokie kary umowne, dał wyraz temu, że oczekuje wysokiego poziomu świadczonych usług. Podstawą należytego wykonywania zamówienia jest prawidłowa wycena oferty i uwzględnienie wszystkich kosztów, które pojawią się na etapie realizacji zamówienia.

Przystępujący Fagus sp. z o.o. w piśmie procesowym z dnia 26 sierpnia 2020r. wniósł o oddalenie odwołania.

Fagus podkreślił, że Odwołujący³ na rozprawie przedłożył dowody i wskazywał, iż cały obszar do posprzątania został dokładnie zliczony i biorąc pod uwagę ilość roboczogodzin i możliwy do zrealizowania obszar zobrazował wspomniane koszty. W opinii Przystępującego Fagus wyliczenia te nie odzwierciedlają jednak rzeczywistości.

Przykładowo sprawdzenie przedstawianych w tabelach parametrów pozwala na stwierdzenie, iż:

a) w przypadku załącznika opisującego „wariant prac AL.” w okresie 01.11.2020 - 31.03.2021 (czyli w okresie sześciomiesięcznym) w tabeli pierwszej wpisano ilość wariantów w codziennym utrzymywaniu czystości chodników i przystanków jako 151,

b) w przypadku ilości wariantów o częstotliwości realizowania raz w tygodniu wskazano 22 warianty,

Wyjaśnić trzeba, że ilość ta wynika wprost z SIWZ i są to wartości obiektywne i ilość wariantów „codziennych” wynosi 121, zaś występujących raz w tygodniu - 21. Zatem w przypadku tego obiektywnego parametru różnica wynosi aż 31 wariantów, co oczywiście przekłada się na prawidłowość dalszych, wynikających stąd naliczeń,

c) w załączniku opisanym jako „Wariant prac AZ” (ten sam okres realizacji) określono ogólną powierzchnię w tym okresie, stanowiącą przedmiot umowy jako 5 745 510 m², co stanowi przemnożenie ilości działów zgodnie z umową (30) przez całkowitą powierzchnię to jest 124 455 m²,

d) na tejże podstawie wyliczono koszty pracowników wykonujących pracę podczas realizacji tychże wariantów, to jest 419 076,54 zł,

e) w kolejnej tabelce jednak na kolejnej stronie z podtytułem „Sprzęt” wpisano taką samą ilość metrów podlegających sprzątnięciu, czyli 5 745 510 m² a ślad za tym w tabelce wskazano, iż koszt realizacji wynosić będzie 347 090,45 zł.

Odnosząc się do zaprezentowanych wyliczeń stwierdził, że musiałoby to oznaczać, że cała powierzchnia (już raz wyraźnie przeszacowana) została policzona dwukrotnie, raz jako

podlegająca realizacji w formie czysto fizycznej pracy osób posługujących się szufelkami i miotłami (szybko się przez to zużywającymi), a następnie drugi raz jako w całości sprządana przy pomocy sprzętu (tj. ciągników itp.) z naliczaniem kosztów roboczogodzin, ubezpieczenia, paliwa, obsługi itp.

f) w kolejnej tabelce ilustrującej zużycie i koszt materiałów wpisano koszty zużycia szufli i mioteł, ale także koszt 486 sztuk skrzyń na piasek wynoszący ogółem 105 497,56 zł.

Wątpliwość dotycząca opisanego pod literą „f” parametru dotyczy dodatkowo wliczenia w koszty realizacji zlecenia całkowitej wartości wspomnianych skrzyń, gdy tymczasem umowa ma być realizowana jedynie przez 6 miesięcy. Stosownie do zasad rachunkowo-księgowych wyposażenie takie amortyzuje się przez okres 5 lat. Wynika stąd, że koszt ten został przeszacowany aż dziewięciokrotnie.

g) nadmienić trzeba, iż w załączniku określonym jako „LATO” w tabelce pierwszej wskazano jako powierzchnię objętą umową raz w tygodniu - 95 108,00 m², natomiast powierzchnia wskazana w SIWZ jest wielokrotnie mniejsza i wynosi 27 718 m². Oczywiście jest, że wzięcie za podstawę naliczeń powierzchni wielokrotnie większej od rzeczywistej musi w efekcie powodować uzyskiwanie parametrów drastycznie odbiegających od rzeczywistych. Jest to kolejny wskaźnik, który matematycznie odbiega od rzeczywistych, wyraźnie w górę, co przekłada się oczywiście na naliczone koszty.

FAGUS wskazał również, że w załączonych tabelach przedstawiono kosztorysy szczegółowe dla Rejonu VI. Jednocześnie załącznik nr 5 ilustruje zestawienie kosztów naliczanych przez spółkę Remondis (tabela „A”). W tabeli „B” zilustrowano zestawienie danych z uwzględnieniem korekty (tj. wyeliminowania ewidentnych przeszacowań). W tabelce „Różnica B - A” ujęto kwotowy wyraz wspomnianych różnic. W przypadku Przystępującego celem realizacji zamówienia jest uzyskanie choćby niewielkiego zysku, co wynika jednoznacznie z Posumowania w załączniku nr 5. Jednoznacznie wynika z podsumowania, że nie występuje w tym przypadku nieuczciwa konkurencja ze strony firmy Fagus, wyrażająca się zaproponowaniem rażąco niskiej ceny. Podkreślił, że dowód taki wynika ze specyfikacji, z której wzięto konkretne wielkości. Zastosowano przy tym technikę naliczeń zastosowaną przez Odwołującego³.

Jak podnoszono to wyżej, w aktach postępowania znajduje się przede wszystkim oferta firmy FAGUS. Prawidłowość naliczeń zaprezentowanych tam w tabelce stanowiącej podsumowanie kosztów miesiąca w okresie rozliczeniowym 1-31 października (letnie czyszczenie). Najprościej sprowadza się to do następujących danych: całkowita powierzchnia do sprzątnięcia w ciągu miesiąca to w sumie: 1 096 452 m², z czego 70%

powierzchni trzeba sprzątać ręcznie (dotyczy to 767 516, 4 m² . Każda godzina pracy kosztuje 25 zł brutto ogółem, co daje w sumie koszty pracownicze w wysokości 23 975,00 zł na miesiąc. Pozostałe 30% powierzchni czyszczona jest mechanicznie (328 936 m²) Koszt ogólny to 4782, 72 zł miesięcznie. Wszystkie pozostałe składniki kosztów ujęte są w tabelkach. W załączniku nr 5 zostały przedstawione dane pochodzące z zestawienia firmy Remondis Sp. z o. o., z których wynika, iż suma kosztów wynosi: 3 480 068,35 zł/ brutto. Stosując tą samą technikę liczenia po uwzględnieniu korekty błędów i przeszacowania, suma kosztów wynosi: 2 827 827,12 zł/ brutto. Tak więc różnica między powyższymi kwotami wynosi: 652 251,23 zł/ brutto. Firma Fagus Sp. zoo. w trakcie aukcji elektronicznej zaoferowała całkowitą kwotę brutto dla Rejonu VI równą: 2 788 999,98 zł., wobec tego cena ta nie jest sztucznie zaniżana i z pewnością nie jest „rażąco niska”.

Zamawiający w piśmie procesowym z dnia 31 sierpnia 2020r. w całości podtrzymał wniosek o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do argumentów podniesionych przez Odwołującego³ wskazał po pierwsze, że Przystępujący skutecznie dokonali zastrzeżenia części wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa i w tym zakresie podtrzymał wcześniej prezentowane stanowisko. Odnosząc się natomiast do zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny wskazał, że zarzut oparty jest na przyjętym przez Odwołującego³ założeniu, iż wskazana w kalkulacjach Odwołującego cena za realizację zamówienia jest ceną minimalną, poniżej której nie jest możliwa realizacja zamówienia przez żadnego z wykonawców. W ocenie Zamawiającego, przedstawione kalkulacje oparte są na nierealnych założeniach, stąd też prowadzą do błędnych wniosków. Choć pod względem rachunkowym kalkulacje są spójne, przyjęcie przez Odwołującego³ błędnych, nierealnych wartości poszczególnych elementów kosztotwórczych, prowadzi do cen oderwanych od realiów rynkowych.

Zamawiający podkreślił, iż oferta Odwołującego³ została sklasyfikowana na piątej pozycji w części VI i VIII zamówienia. W związku z tym, w celu skutecznego podważenia czynności Zamawiającego i uwzględnienia odwołania, odwołujący musi doprowadzić do odrzucenia ofert wszystkich wykonawców, którzy złożyli ofertę korzystniejszą od Odwołującego.

Jednocześnie zarzut nieujawnienia dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa dotyczy tylko trzech wykonawców - w części VI spółki Fagus, w części VIII spółki FB Serwis oraz POLSUPER. Taka konfiguracja zarzutów oraz pozycji Odwołującego w rankingu ofert, wywołuje dwa istotne skutki procesowe w postępowaniu:

1. Brak jest przeszkód formalnych do rozpoznania zarzutu rażąco niskiej ceny oraz zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców, którzy nie zastrzegli skutecznie wyłączenia jawności złożonych wyjaśnień - tj. w części VI wykonawcy W. F., A. O. oraz Konsorcjum Art Security; w części VIII wykonawcy W. F., POLSUPER i AG Complex oraz Konsorcjum PUW.

2. Oddalenie zarzutu wskazanego w punkcie 1 powyżej w stosunku do wskazanych wykonawców, skutkuje brakiem podstaw do uwzględnienia odwołania w oparciu o zarzut zaniechania ujawnienia wyjaśnień objętych tajemnicą przedsiębiorstwa przez wykonawców: w części VI - spółki Fagus; w części VIII - spółki FBSerwis oraz POLSUPER. W przypadku oddalenia zarzutu wskazanego w punkcie 1, zarzut zaniechania ujawnienia wyjaśnień pozostałych wykonawców stanie się bezprzedmiotowy - uwzględnienie tego zarzutu i zobowiązanie zamawiającego do odtajnienia wyjaśnień i ponownej oceny ofert i tak nie umożliwi osiągnięcia celu postępowania, jakim jest uzyskanie przedmiotowego zamówienia przez odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozpraw, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania KIO 1502/20 i 1514/20 nie zasługiwały na uwzględnienie.

Odwołanie KIO 1534/20 zasługiwało na uwzględnienie w części.

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

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący spełniają określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. posiadają interes w uzyskaniu zamówienia, a zarzucane naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1502/20 oraz KIO 1534/20 po stronie Zamawiającego. Ponadto Izba dopuściła wykonawcę Fagus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1534/20 po stronie Zamawiającego.

Sygn. akt KIO 1502/20, KIO 1514/20, KIO 1534/20

Izba nie dopuściła natomiast do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o., P. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P. z siedzibą lidera we Wrocławiu z uwagi na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego z uchybieniem terminu na zgłoszenie przystąpienia przewidzianego w art. 185 ust. 2 Pzp. Zgodnie z powyższym przepisem Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Zgodnie z informacją przekazaną przez Zamawiającego przesłał on kopię odwołania w dniu 8 lipca 2020r. a więc termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 13 lipca 2020r., natomiast ww. wykonawca przystąpienie zgłosił w dniu 14 lipca 2020r., a więc z uchybieniem terminu ustawowego.

KIO 1502/20

Na wstępie wyjaśnić należy, że wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w części dotyczącej oferty Przedsiębiorstwa Usług Wielobranżowych Sp. z o.o., P. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P. z siedzibą lidera we Wrocławiu i niewniesieniu przez Przystępującego FBService sprzeciwu w powyższym zakresie, postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu.

Przedmiotem rozpatrzenia Izby pozostały natomiast zarzuty dotyczące naruszenia:

- art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 u.z.n.k poprzez uznanie, że informacje złożone przez FBService i zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy nie wypełniły się przesłanki niezbędne dla możliwości uznania informacji za taką tajemnicę,

- art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz 90 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert mimo tego, że zawiera cenę rażąco niską, a wykonawca nie wykazał, że oferta tej ceny nie zawiera,

- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 u.z.n.k. w zw. z art. 91b ust. 1 Pzp

Izba ustaliła, że w wyniku aukcji elektronicznej w części IX zamówienia wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o., P. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P. z siedzibą lidera we Wrocławiu zaoferował cenę 1 442 400,00 zł, Przystępujący FBSerwis cenę 1 596 508,97 zł, natomiast Odwołujący zaoferował cenę ofertową w wysokości 2 266 727,10 zł.

W kontekście podnoszonych zarzutów konieczne jest, na wstępie, zdefiniowanie pojęcia rażąco niskiej ceny. Przede wszystkim wskazać tu należy na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, który odnosi zaoferowaną cenę do wartości przedmiotu zamówienia - ma to być cena „rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W orzecznictwie podkreśla się, że punktem odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: wartość przedmiotu zamówienia, ceny zaproponowane w innych ofertach, złożonych w postępowaniu oraz wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji przetargowej zamawiającego (tak min. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia sygn. akt: IV Ca 1299/09). A zatem za cenę rażąco niską uznać należy cenę, która jest nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakłada wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, a więc nie występuje na danym 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. Z kolei ustalenia, że dana cena nie jest ceną rażąco niską, dokonuje Zamawiający, najpierw poprzez obligatoryjne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień oraz dowodów (art. 90 ust. 1 Pzp), a następnie poprzez ocenę złożonych wyjaśnień. Procedura badania i ustalania ceny rażąco niskiej przebiega więc w taki sposób, że Zamawiający musi na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp umożliwić wykonawcy wykazanie okoliczności, iż zaoferowana przez niego cena jest ceną realną. Następnie zaś na wykonawcy, zgodnie zaś z art. 90 ust. 2 Pzp, spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Nie ulega wątpliwości, że

przy ocenie samych wyjaśnień uwzględniać należy treść wezwania skierowanego do wykonawcy. Jeśli zatem Zamawiający sformułuje swoje wezwanie w sposób ogólnikowy, nie precyzując jakie elementy winien zawrzeć wykonawca w swoich wyjaśnieniach, nie może oczekiwać określonego sposobu prezentacji przekazanych informacji czy stopnia szczegółowości wyliczeń. Przepis art. 90 ust. 1 Pzp stanowi jedynie, że Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę czynniki wpływające na wartość ceny zaoferowanej przez wykonawcę w tym m.in. oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zatem, rolą Zamawiającego jest ustalenie i weryfikacja czy czynniki wskazane przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rzeczywiście istnieją, mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych i na podstawie jakich założeń wykonawca zakłada realność wystąpienia tych szczególnych czynników i sprzyjających okoliczności. Treść normy art. 90 ust. 2 Pzp nie pozostawia wątpliwości, że to na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa obowiązek wykazania, czy możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za określoną w ofercie cenę. Z racji tego, że celem wyjaśnień jest wzruszenie przyjętego domniemania, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, wyjaśnienia takie muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające realność dokonanej przez wykonawcę kalkulacji. Nie ulega także wątpliwości, iż badanie ceny i ewentualne jej uznanie za rażąco niską musi być dokonywane w odniesieniu do danego przedmiotu zamówienia, albowiem to z opisu dokonanego przez Zamawiającego wynika jakie czynności muszą zostać przez wykonawcę zrealizowane w ramach danego zamówienia, a szczegółowość złożonych wyjaśnień zależy od stopnia złożoności danego zamówienia i ilości czynności, które są konieczne do wykonania.

Podkreślenia wymaga także, że w ramach postępowania odwoławczego Izba ocenia jedynie prawidłowość czynności Zamawiającego w postępowaniu, a nie samą cenę oferty. Weryfikacji podlega zatem sama czynność wezwania do złożenia wyjaśnień, ocena przez Zamawiającego tych wyjaśnień, a następnie prawidłowość decyzji co do odrzucenia lub nie, złożonej przez wykonawcę oferty.

Przekładając powyższe rozważania na stan faktyczny niniejszej sprawy należy w pierwszej kolejności zauważyć, że przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na ręcznym oczyszczaniu m. st. Warszawy. Wskazać należy, że specyfika tego rodzaju usług, polega przede wszystkim na pracy osób fizycznych, a więc koszty związane z zatrudnieniem pracowników mają zdecydowanie najwyższy wpływ na cenę oferty.

Oceniając realność ceny oferty zaoferowanej przez Przystępującego FBSerwis na wstępie wyjaśnić należy, że uznając za skuteczne zastrzeżenie przez Przystępującego treści złożonych wyjaśnień dotyczących ceny oferty jako objętych tajemnicą przedsiębiorstwa Izba w konsekwencji stwierdziła, że szczegółowe przedstawienie złożonych wyjaśnień i dowodów przez Przystępującego FBSerwis doprowadziłoby do naruszenia wartości, jakimi są informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

W następstwie powyższego skład orzekający stwierdził, z natury rzeczy w sposób ogólny, że z uwagi na fakt, iż FBSerwis odpowiadając na wezwanie Zamawiającego złożył w dniu 29 maja 2020 r. wyjaśnienia nie zachodziła pierwsza z przesłanek odrzucenia oferty wskazana w przepisie art. 90 ust. 3 Pzp. Skład orzekający uznał ponadto, że Odwołujący Fagus nie wykazał, aby zachodziła druga z przesłanek odrzucenia, a więc aby cena zaoferowana przez FBSerwis za realizację zamówienia mogła zostać zakwalifikowana jako rażąco niska.

Izba w składzie orzekającym uznała, że Zamawiający sposób prawidłowy i z należytą starannością dokonał oceny wyjaśnień tego wykonawcy. Izba podkreśla, iż wyjaśnienia złożone przez FBSerwis nie ograniczały się do ogólnego przedstawienia sprzyjających okoliczności realizacji zamówienia, które w jego ocenie wpływają na możliwość zaoferowania niższej ceny, bowiem w części niejawniej wyjaśnień wykonawca ten przedstawił poszczególne elementy uwzględnione przez niego przy kalkulacji ceny oferty i założenia te pozwoliły w sposób pozytywny ocenić ich treść, jak również wywieść wniosek co do prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej. Złożone przez FBSerwis wyjaśnienia zawierały konkretne wyliczenia poszczególnych pozycji składających się na cenę zaoferowaną przez wykonawcę za realizację zamówienia, uwzględniając poszczególne warianty wskazane w SIWZ jak np. realizowanie zamówienia w wariancie AL. i AZ w okresie letnim i w wariancie AL. i AZ w wariancie zimowym. Ponadto złożone przez FBSerwis wyjaśnienia zaoferowanej ceny zostały poparte dowodami, korelującymi z treścią udzielonych wyjaśnień. Podkreślić należy, iż wykonawca ten w złożonych wyjaśnieniach przedstawił, jakie obiektywne czynniki umożliwiły mu zaoferowanie ceny na danym poziomie, wykazał, iż realizacja niniejszego zamówienia nie przyniesie mu straty, jak również przedstawił sposób zbudowania zaoferowanej ceny za realizację zamówienia wraz z przyjętą przez siebie metodologią i właściwą wykonawcy polityką cenową.

Podkreślić również należy, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie wskazał, w jaki sposób należy kalkulować koszty zamówienia. Każdy z wykonawców miał możliwość dowolnego skalkulowania kosztów, w oparciu o własne doświadczenie, możliwości i przyjętą

ekonomikę. Ponadto Zamawiający w treści wezwania do złożenia wyjaśnień, nie wskazał, który element ceny budzi jego wątpliwości, a wezwanie miało charakter ogólny.

Przystępujący FBService na rozprawie przed Izbą wskazał, że zawarł w cenie oferty wszystkie niezbędne koszty, w tym również koszty stałe, które zostały zawarte w załączniku nr 5 do wyjaśnień w pozycji overheads. Wyjaśnił także, że koszty pracownicze, są przez niego ponoszone niezależnie od tego, czy uzyska zamówienie czy też nie. Funkcjonowanie przedsiębiorstwa opiera się na realizacji wielu projektów. Ponadto wyjaśniał, że koszty administracyjne (energii, kosztów amortyzacji budynków), stanowią koszty funkcjonowania jego przedsiębiorstwa i są całkowicie niezależne od przedmiotu zamówienia, którego dotyczy odwołanie. Okoliczność uzyskania, czy też nie zamówienia, nie wpłynie na zwiększenie ww. kosztów, ponieważ są to koszty stałe, nie objęte przedmiotem zamówienia (tak jak np. obsługa dyspozytora, podatki od nieruchomości od posiadanej hali magazynowej). Przystępujący FBService w treści złożonych wyjaśnień odniósł się również do kosztów pracowniczych i przyznał, że zaoferowana przez niego cena uwzględnia konieczność poniesienia tych kosztów oraz uwzględnia wszelkie niezbędne dodatki, jak np. dodatek za pracę w porze nocnej, a z uwagi na fakt, że wskazana przez niego stawka jest wyższa od obecnie obowiązującej, to uwzględnia ona również projektowany przez rząd wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę. Izba wskazuje również, że jak wynika ze złożonych wyjaśnień Przystępujący zatrudnia konkretną liczbę pracowników, którzy zostaną przez niego skierowani do realizacji zamówienia.

Zatem nie można uznać, że przyjęty przez FBService sposób przedstawienia wyjaśnień i kalkulacji jest nieprawidłowy.

Odnosząc się do zarzutu, że FBService nie uwzględnił w cenie oferty odpowiedniej kwoty na pokrycie tzw. niespodziewanych wydatków wskazać należy po pierwsze, że Zamawiający nie narzucił wykonawcom sposobu obliczenia ceny za realizację zamówienia. Z całą pewnością nie zawarł konieczności ujęcia w zaoferowanym wynagrodzeniu kwot na pokrycie niespodziewanych wydatków. Nie jest ponadto możliwe, aby wykonawca mógł przewidzieć dokładną wysokość takich wydatków już z racji tego, że są one „niespodziewane”. Zaistnienie natomiast takich sytuacji wiąże się z tzw. ryzykiem kontraktowym w danym zamówieniu, jednak powyższe nie oznacza, że brak takiego elementu wyceny potwierdza, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Z tego względu zarzut Odwołującego jest bezzasadny.

Podsumowując, w ocenie Izby, w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, FBService składając szczegółowe wyjaśnienia, poparte dowodami, udowodniło Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i

pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. Tym samym brak było podstaw do uznania za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz 90 ust. 2 Pzp.

Przechodząc następnie do kwestii, jakoby złożenie przez FBService oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, wskazać należy, iż Odwołujący¹ wywodzili zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 u.z.n.k. w zw. z art. 91b ust. 1 Pzp z uznania, że oferta ww. wykonawcy zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei stosownie do treści art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Z powyższego wynika zatem, że aby można było mówić o czynie nieuczciwej konkurencji stypizowanym w art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. łącznie muszą zostać spełnione dwie przesłanki, tj. po pierwsze, dany podmiot musi utrudniać innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu oraz po drugie, sprzedaż ta musi mieć na celu eliminację innych przedsiębiorców. Tym samym dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., nie wystarczy stwierdzenie, iż dany podmiot sprzedaje towary lub usługi poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia, czy też je odsprzedaje poniżej kosztów zakupu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, w ocenie Izby Odwołujący¹ nie wykazał, że FBService oferował sprzedaż usług i towarów będących przedmiotem zamówienia poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia ani że działanie takie, które w ocenie Izby nie miało miejsca w okolicznościach tejże sprawy, prowadzone było w określonym przez u.z.n.k. celu – tj. w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odwołujący¹ twierdził, że cena oferty uzyskana w trakcie aukcji elektronicznej zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby Odwołujący¹ nie wykazał jednak popełnienia przez Przystępującego FBService czynu nieuczciwej konkurencji. Wbrew twierdzeniom Odwołującego¹ takiego wniosku nie można wyprowadzić z treści obszernych wyjaśnień ceny złożonych przez tego FBService.

Z uwagi na powyższe brak było podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 u.z.n.k w zw. z art. 91b ust. 1 Pzp i odrzucenia oferty FBSerwis.

Odnosząc się do niezasadnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa części wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, złożonych przez Przystępującego FBSerwis w dniu 29 maja 2020r., to wskazać należy, że Izba zarzut ten również uznała za niezasadny.

Odnosząc się do wymogów formalnych uznania wniosku o ochronę informacji wynikających z art.11 ust.2 u.z.n.k to Izba stwierdziła, że Odwołujący1 nie udowodnił, że Przystępujący FBSerwis nie dochował należytej staranności przy ochronie informacji objętych klauzulą tajności, co jest jego obowiązkiem w myśl postanowień art.6 kodeksu cywilnego. Nie udowodnił, że informacje objęte tajemnicą są publicznie dostępne. Z kolei to wykonawca decyduje o formie zabezpieczeń przed wyciekiem informacji z firmy. Zakres zabezpieczenia i sposób zabezpieczenia informacji jest sprawą indywidualną każdego przedsiębiorcy, ocenianą pod kątem należytej staranności w sytuacjach gdy informacje staną się zwłaszcza wbrew woli przedsiębiorcy ogólnie dostępnymi.

Odwołujący1 nie udowodnił natomiast, że ochrona informacji przed ich ujawnieniem jest niewspółmierna, nie wykazująca należytego zabezpieczenia oraz nieuprawniona. Izba rozważając wykazany w piśmie FBSerwis opis zabezpieczenia stwierdziła, że jest on wystarczający, ponieważ są to suwerenne decyzje przedsiębiorcy jakie metody dla jego organizacji są wystarczające i nie powodują wypływu informacji chronionych na zewnątrz. Podkreślić należy, że zachowanie należytej staranności przewidzianej w art. 11 ust. 2 u.z.n.k należy oceniać nie tylko w aspekcie podjętych zabezpieczeń co do zasady ale przede wszystkim do sytuacji gdy wypływ informacji chronionych wystąpił, czego Odwołujący nie udowodnił.

Podsumowując spełnienie warunków formalnych, koniecznych do spełnienia w celu skorzystania z utajnienia informacji, wynikających z art. 8 ust. 3 Pzp jak i art. 11 ust. 2 u.z.n.k, Izba nie stwierdziła w postępowaniu wykonawcy wybranego naruszeń w tym zakresie. Po pierwsze w odpowiednim czasie wykonawca wybrany zgłosił ochronę informacji niejawnych to jest w dacie złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny jak i wskazał jak te informacje chroni to jest określił osoby, które mają do nich dostęp oraz sposób ich zabezpieczeń, co wypełnia działania w celu utrzymania ich w poufności. Wyjaśnienia co do skutecznej procedury ochrony informacji niejawnych, przed osobami nieuprawnionymi, także jest wiarygodne. Przystępujący przedstawił dowody na potwierdzenie stosowania u siebie polityki uniemożliwiającej zapoznana nie się z informacjami przez osoby nieuprawnione.

Na marginesie sprawy należy dodać, że Izba nie podziela poglądu, że ochrona nie można objąć dokumentu tylko informacji. Zdaniem Izby dokument jako nośnik informacji podlega co do formy ochronie a merytorycznie podlegają informacje w nim zawarte. Dlatego też poznanie nawet założeń przyjętych przez Przystępującego FBService mających wpływ na kalkulację ceny oferty, bez wskazywania kwot i marży lub zysku, musi korzystać z ochrony, bowiem jak podkreślił na rozprawach przed Izbą Zamawiający sposób wyceny ceny oferty tego wykonawcy różnił się w istotny sposób od kalkulacji innych wykonawców, a więc już to w ocenie składu potwierdza wartość dodaną tych informacji. Niewątpliwie bowiem przyjęte założenia np. w zakresie dotyczącym szacowania kosztów pracowniczych, czasu pracy czy też kosztów sprzętowych i materiałowych umożliwiły Przystępującemu FBService na zaoferowanie ceny niższej od pozostałych konkurentów.

W konsekwencji odnosząc się do merytorycznego uzasadnienia ochrony informacji jako niejawnych Izba stwierdziła, że kalkulacja ceny na usługę będącą przedmiotem niniejszego postępowania, tj. usługę oczyszczania ręcznego miasta zawiera informacje posiadające wartość gospodarczą, umożliwiające FBService uzyskanie zamówienia (art. 11 ust. 2 u.z.n.k). Kalkulacja ceny tego wykonawcy stanowi szczególne zestawienie elementów kosztotwórczych i czynników takich jak: koszty pracy wynikające przede wszystkim z poziomu stosowanych przez niego wynagrodzeń, warunków rynkowych oraz przewidywań wykonawcy odnoszących się do sytuacji panującej na rynku pracy w nadchodzącym czasie, a także posiadanych zapasów magazynowych soli, uzyskiwanych atrakcyjnych cen paliwa. Ponadto wykonawca ten wskazywał na czynniki, które pozwoliły mu na zminimalizowanie ryzyka wzrostu cen materiałów, tj. centralizacja zakupów, wykorzystanie zgromadzonych zasobów magazynowych oraz dostępnych wykonawcy jednostek sprzętowych, synergia operacyjna wynikająca z realizacji innych kontraktów. W opinii składu orzekającego nie ma znaczenia przy rozpoznawaniu przedmiotowego zarzutu okoliczność, że każdy z wykonawców musiał przewidzieć w cenie oferty koszty sprzętowe, pracownicze, materiałowe, czyli elementy bez których niemożliwe byłoby wykonanie zamówienia. Skład orzekający stwierdził, że Przystępujący FBService słusznie powołał się na konieczność ochrony kalkulacji ceny jako informacji stanowiącej tajemnicę jego przedsiębiorstwa, gwarantującej konkurencyjność i uzyskanie zamówienia dla realizacji celów gospodarczych. Ponadto wyjaśnienia FBService zawierają informacje dotyczące warunków handlowych w zakresie współpracy Przystępującego FBService z konkretnie wskazanymi podmiotami. Tym samym informacje te w sposób precyzyjny obrazują sposób działania tego wykonawcy na rynku i jednoznacznie wskazują na sposób budowania ceny oferty.

Sygn. akt KIO 1502/20, KIO 1514/20, KIO 1534/20

Podsumowując, Izba w składzie orzekającym stwierdziła, że kalkulacja ceny ofertowej wypełnia również pod względem merytorycznym przesłanki z art.11 ust. 2 u.z.n.k w związku z art. 8 ust. 3 Pzp dla ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa.

W tym stanie rzeczy utajnienie kalkulacji ceny nie naruszało art. 7 ust.1 Pzp w zakresie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, ponieważ Odwołujący¹ nie wykazał, że inny wykonawca został pozbawiony w relatywnych okolicznościach ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również naruszenia zasady proporcjonalności czyli nadmierności ochrony informacji wykonawcy wybranego co do sposobu budowania ceny jak i przejrzystości wobec wyczerpania w sytuacji wykonawcy wybranego prawa do ochrony tajemnicy przewidzianej art.8 ust.3 Pzp. Ponadto co istotne, również Odwołujący Fagus objął tajemnicą przedsiębiorstwa swoją kalkulację zawierającą szczegółowe zestawienie elementów cenotwórczych.

W związku z powyższym skład orzekający stwierdził, że Zamawiający obejmując ochroną część wyjaśnień zawartych w piśmie z 29 maja 2020r. nie naruszył zasady jawności postępowania.

KIO 1514/20

Izba ustaliła, że w wyniku aukcji elektronicznej w części V zamówienia wykonawca FBSerwis zaoferował cenę 4 011 137,37 zł, natomiast Odwołujący zaoferował cenę ofertową w wysokości 5 694 195 zł.

Przechodząc do rozpoznania zarzutu dotyczącego naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp, to wskazać należy, że stanowisko Izby co do skuteczności objęcia przez wykonawcę FBSerwis wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny tajemnicą przedsiębiorstwa zaprezentowane w zakresie rozpoznania odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1502/20 pozostaje aktualne również w niniejszej sprawie, dlatego Izba odstąpiła od powielenia stanowiska przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy.

Również w kontekście podnoszonych zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny oferty FBSerwis stanowisko Izby jest tożsame jak w sprawie 1502/20.

Odnosząc się do przedłożonych przez Odwołującego² dowodów tj. tabel zawierających szczegółowe kalkulacje dotyczące kosztów pracowniczych, kosztów wykorzystania sprzętu, a także kosztów dotyczących utylizacji i materiałów to skład orzekający stwierdził, że na rozprawie Zamawiający zdołał podważyć prawidłowość ceny zaoferowanej przez FBSerwis. Zamawiający wyjaśnił bowiem, że przyjmując do wyliczeń kosztów pracy stawkę w

wysokości wyższej, od obecnie obowiązującej stawki minimalnej, tj. w wysokości 17 zł i zestawiając ją z zawyżoną i dowolnie przyjętą przez Odwołującego² stawką w wysokości 25,66 zł, uzyskał różnicę w wysokości 495 845, 58 zł w zakresie kosztów pracy na rejonie V. Również Zamawiający wykazał zawyżenie przez Odwołującego² kosztu roboczogodzin na kwotę 294 697, 61 zł. Zamawiający wykazał także, że przyjęta przez Odwołującego² stawka za 1motogodzinę jest znacznie zawyżona, co wynika z zawyżenia stawki miesięcznej dotyczącej amortyzacji i napraw pojazdów i lekkiego sprzętu. Zamawiający wskazał, że już samo odjęcie wskazanych różnic od ceny oferty złożonej przez Odwołującego² powoduje, że oferta FBSerwis jest ofertą z realną ceną.

Izba w składzie orzekającym dała również wiarę wyliczeniom Zamawiającego dotyczących kosztów związanych z utylizacją odpadów oraz kosztów materiałów. Zamawiający na rozprawie przedłożył opracowane przez siebie zestawienie tabelaryczne, z którego wynikało, że wskazana przez Odwołującego Polsuper kwota którą należało przeznaczyć na ten element wyceny powodowałaby, iż rocznie zbierane być powinno ponad 2 144 ton odpadów w rejonie V, co jest ilością nierealną, bowiem jak wskazał Zamawiający - przedkładając zestawienia wywozu zanieczyszczeń w rejonie I – realna ilość odpadów waha w tym rejonie, w którym ilość odpadów ze względu na ilość osób i zabudowę jest największa, to w okresie październik 2019 – czerwiec 2020 zebrał 13,5 tony odpadów, natomiast w okresie od października 2018 – września 2019 było to ok. 9,5 tony. Zestawiając więc ze sobą liczbę 2 144 t odpadów (założona przez Odwołującego²) i zestawiając je ze średnią ilością ton faktycznie zebranych w rejonie I (ok. 14t) oraz uwzględniając stawkę utylizacji w kwocie 650 zł to różnica w kosztach utylizacji wynosi ponad 1 384 743,17 zł. Ponadto zauważyć należy, że FBSerwis w wyjaśnieniach wskazywał na Okoliczność dysponowania własną instalacją komunalną, która umożliwia mu znaczące ograniczenie kosztów zagospodarowania odpadów.

Odnosząc się do powyższych różnic w sposobie kalkulacji ceny oferty, przyjętych stawek i założeń wskazać należy, że okolicznością notoryjną, a więc nie wymagającą żadnego dowodu jest fakt, że na każdą cenę ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Tak jak zestawienie różnych cen nie może stanowić dowodu, że cena jednego przedsiębiorcy jest realna, a każda niższa cena jest ceną nierynkową, ponieważ różne podmioty, o różnej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, odmiennej siatce podwykonawców i innej specyfice pracy oraz doświadczeniu, uzyskują różne ceny ofertowe w zakresie oferowanego towaru. Nie świadczy to natomiast o oferowaniu ceny rażąco niskiej, a o prawidłowym funkcjonowaniu konkurencyjnej gospodarki rynkowej i zawsze w na rynku

konkurencyjnym znajdują się podmioty, które oferują wykonanie danej usługi w znacznie wyższej cenie niż ich konkurent. Podkreślić należy, że każdy z wykonawców będących profesjonalistą kalkuluje cenę oferty uwzględniając sprzyjające jemu okoliczności i uwzględniając stosowaną przez siebie politykę cenową. Również fakt, że przedmiotem zamówienia nie jest robota budowlana wymagająca wysokich nakładów w materiały budowlane, lecz usługa - której koszty świadczenia są w dużej mierze zależne od sprawności wykonawcy, jego zdolności organizacyjnych, kompetencji zatrudnianych pracowników oraz posiadanego doświadczenia miały istotne znaczenie przy ocenie realności ceny ale przede wszystkim jej wysokości. Owe czynniki z jednej strony pozwalają na bardziej elastyczne, niż np. w robotach budowlanych, kształtowanie polityki cenowej, z drugiej zaś wymagają uwzględnienia czynników indywidualnych danego przedsiębiorcy jak np. potencjał osobowy, wiedza i doświadczenie, organizacja pracy, optymalizacja kosztów itp.

Podsumowując stwierdzić należało, że Zamawiający zdołał wykazać, że wskutek zawyżenia przez Odwołującego² w przedłożonych na rozprawie kalkulacjach takich elementów ceny oferty jak koszt pracy, roboczogodzin oraz kwoty za utylizację odpadów i pracę sprzętu - cena oferty wykonawcy FBService jest ceną realną i rynkową. Tym samym brak było podstaw do uznania za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz 90 ust. 2 Pzp.

Izba ponadto wskazuje, że podtrzymuje również argumentację i stanowisko zaprezentowane w sprawie KIO 1502/20 stwierdzając, że również w tej sprawie nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt u.z.n.k.

Z uwagi na powyższe brak było podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 i odrzucenia oferty FBService.

KIO 1534/20

Izba ustaliła, że w części VI ceny ofert zaoferowanych w wyniku aukcji elektronicznej kształtowały się na następującym poziomie:

- FAGUS - 2 788 999,98 zł,
- W. F. – 2 804 062,00 zł,
- A. O. - 3 194 000,00 zł,
- Konsorcjum Art. – 3 210 000,00 zł,
- Odwołujący – 3 622 292,75 zł.

Natomiast w części VIII:

- FBSerwis – 1 419 450,00 zł,
- POLSUPER – 1 569 000,00 zł,
- W. F. – 1 584 998,99 zł,
- PUW – 1 587 000,00 zł,
- Odwołujący – 2 025 797,94 zł.

Izba zważyła:

FBSerwis

W zakresie zarzutów dotyczących oferty tego wykonawcy Izba podtrzymuje stanowisko zaprezentowane w sprawach KIO 1502/20 oraz KIO 1514/20 wyjaśniając, że zaprezentowane powyżej stanowisko jest tożsame również w niniejszej sprawie zarówno w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp oraz art. 8 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k

Odnosząc się natomiast do złożonych przez Odwołującego dowodów dotyczących kalkulacji ceny, to skład orzekający stwierdził, że zarówno Przystępujący Fagus i Zamawiający zdolali podważyć ich rzetelność wskazując na błędy i nieprawidłowość założeń, a także wykazał na przeszacowanie przez Odwołującego w swojej kalkulacji kosztów związanych z pracą ludzką jak i pracą sprzętu. Zamawiający zdołał wykazać, że przyjęcie wiarygodnych stawek, w tym wynikających z obowiązujących przepisów prawa powoduje znaczne różnice w cenie wskazywanej przez Odwołującego do ceny zaoferowanej przez Fagus i w konsekwencji różnice te uzasadniają realności zaoferowanej ceny.

FAGUS sp. z o.o.

Izba w składzie orzekającym za niezasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 8 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Na wstępie przypomnieć należy, że aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji wykonawca ma obowiązek wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k.:

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2. informacja w całości lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

3. uprawniony podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Skład orzekający analizując treść uzasadnienia zasadności objęcia informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny uznał, że Przystępujący Fagus wskazał na wszystkie elementy wymagane dla stwierdzenia, że zastrzeżone informacje posiadają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa, jakie określa art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Przystępujący Fagus w ocenie Izby, niewątpliwie wykazał, że informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny mają dla niego wartość gospodarczą, bowiem wiążą się z działalnością operacyjną, obrazują sposób pozyskania zasobów i kalkulacji ceny (zawierają stawki, operują konkretnymi danymi, dowodami i dokumentami zawierającymi informacje o posiadanym konkretnym sprzęcie, imionach i nazwiskach pracowników i posiadanych przez nich kwalifikacji, miejscu pozyskania materiałów oraz ich cenie i planowanej ilości ich wykorzystania na potrzeby tego konkretnego zamówienia, wskazują zysk, stawki wynagrodzeń pracowników), co jest enumeratywnym elementem budowania strategii cenowej w ofercie. Fagus podkreślił, że ten wypracowany sposób wyceny stanowi istotną dla niego wartość gospodarczą, albowiem pozwala mu na utrzymywanie jego przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami, działającymi w tej samej branży. Kalkulacja ceny ofertowej obrazuje sposób działania wykonawcy, organizację pracy i stosowane metody oraz sposób kalkulacji, który po pierwsze pozwalał na zaoferowanie ceny najkorzystniejszej, a po drugie pozwala na prawidłowe zrealizowanie zamówienia za zaoferowane wynagrodzenie i osiągnięcie zysku, stanowiąc podstawy rentowności przedsiębiorstwa.

Ponadto podkreślić należy, że Przystępujący Fagus wykazał, że informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a także że podjął w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności, na którą składają się takie czynniki jak własna polityka bezpieczeństwa w celu zabezpieczenia tych informacji przed ujawnieniem, zarówno przez pracowników, jak i przez inne podmioty, mające dostęp do tych informacji, fakt, że dostęp do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, których dotyczy niniejsze zastrzeżenie, ma określona grupa pracowników. Przystępujący Fagus podkreślił również, że ujawnienie zastrzeżonych części wyjaśnień wysokości ceny, szczegółowych kalkulacji ceny wraz z załącznikami do niniejszego pisma, jak i samych wyjaśnień - może narazić go na szkodę zarówno majątkową (rzeczywista strata w mieniu tj. zmniejszenie aktywów majątku lub zwiększenie ilości pasywów oraz utraczone korzyści, oraz na szkodę niemajątkową (utrata renomy na rynku branżowym).

W tym miejscu zauważyć należy, że to na Odwołującym³, który faktycznie nie ma możliwości zapoznania się z treścią zastrzeżonych przez Fagus dokumentów, spoczywałby

obowiązek dowodowy na okoliczność bezskuteczności zastrzeżeń przynajmniej w zakresie wykazania, że informacje tego typu jak zawarte w wyjaśnieniach, zostały podane do ogólnej wiadomości i są publicznie dostępne, a podmioty trzecie mogą legalnie wejść w ich posiadanie, np. przez zapoznanie się z zawartością stron internetowych Przystępującego. Odwołujący³ takiego dowodu nie złożył, co świadczy, że Fagus podjął działania organizacyjne, które zapewniły mu utrzymanie ww. informacji w tajemnicy. Elementem takich działań jest samo skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w trybie art. 8 ust. 3 Pzp.

W konsekwencji skład orzekający stwierdził, że informacje zawarte w zestawieniu szczegółowym - Zestawienie wszystkich elementów cenotwórczych, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego Fagus, bowiem spełniają łącznie wszystkie przesłanki art. 11 ust 2 u.z.n.k. Tym samym Izba uznała zarzut Odwołującego dotyczący zaniechania odtajnienia powyższego dokumentu za niezasadny.

Odnosząc się natomiast do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp to skład orzekający uznał go za niezasadny.

Należy ponownie wskazać, że Pzp wymaga, aby wyjaśnienia wykonawcy odnośnie braku ceny rażąco niskiej były przekonywujące, a ocena w tym zakresie należy do Zamawiającego (i w niniejszej sprawie wypadła ona pomyślnie dla wszystkich kwestionowanych w odwołaniu wykonawców składających wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp). W przypadku Przystępującego Fagus, Zamawiający badał czy przedstawiona argumentacja oraz załączona do wyjaśnień szczegółowa kalkulacja pozwalała na uznanie ceny za realną. W opinii składu orzekającego Zamawiający, na podstawie złożonych wyjaśnień, miał prawo przyjąć wyjaśnienia za potwierdzające realność zaoferowanej ceny. Fagus wskazał na ogólne okoliczności które umożliwiły mu zaoferowanie ceny oferty na poziomie niższym od Odwołującego takie jak znajomość terenu i rozplanowanie prac i bliskość do bazy, posiadanie niezbędnego sprzętu, możliwość uzyskania rabatów na zakup sprzętu i materiałów. Jednakże szczegółowa kalkulacja, która została objęta przez tego wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa zawierała dokładne wyliczenie kosztów związanych z realizacją niniejszego zamówienia, w tym kosztów pracowniczych w których wskazano przyjętą stawkę za roboczogodzinę (wyższą od minimalnej), ilość metrów przewidzianych do posprzątania przez pracownika w konkretnym (realnym) czasie. Wykonawca ten wycenił również koszty związane z pracą sprzętu jak również koszty utylizacji materiałów.

Uwzględniając złożone wyjaśnienia w tym załączone kalkulacje obejmujące wszystkie wymagane przez Zamawiającego założenia i warianty, skład orzekający stwierdził, że Zamawiający dokonał prawidłowego badania i analizy wyjaśnień, które doprowadziły go do stwierdzenia, że zaoferowana przez Fagus cena oferty jest realna.

Podkreślić ponownie należy, że Zamawiający nie narzucił z góry wzoru prawidłowej kalkulacji kosztów, stwierdzając, że to właśnie wykonawcy posiadają najlepszą wiedzę w zakresie sposobu kalkulowania ceny ofertowej i własnych możliwości w tym zakresie. Z kolei konsekwencje w postaci odrzucenia oferty można zastosować jedynie wówczas, gdy istnieją prawne i faktyczne podstawy do uznania, że cena jest rażąco niska. Za trafny należy uznać pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 24 czerwca 2010 roku (KIO/UZP 1135/10, KIO/UZP 1136/10) że: „Biorąc pod uwagę doniosłość czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, Zamawiający winien wykazać przy użyciu dostępnych środków dowodowych w sposób bezsprzeczny, że w konkretnym stanie faktycznym każdy podmiot uznałby taką cenę za rażąco niską”.

Reasumując, skład orzekający stwierdził, że Zamawiający prawidłowo uznał, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego Fagus były przekonujące, a jednocześnie brak było podstaw, aby wykazać faktycznie, w sposób obiektywny, że cena wskazana przez tego wykonawcę była rażąco niska, w szczególności, gdy Zamawiający zdołał na rozprawie wykazać, że kalkulacje Remondis są nierzetelne, zawierają błędy przyjęte do ich sporządzenia, a także wykazał na przeszacowanie przez Odwołującego w swojej kalkulacji kosztów związanych z pracą ludzi jak i pracą sprzętu. Zamawiający zdołał wykazać, że przyjęcie wiarygodnych stawek, w tym wynikających z obowiązujących przepisów prawa powoduje znaczne różnice w cenie wskazywanej przez Odwołującego do ceny zaoferowanej przez Fagus i w konsekwencji różnice te uzasadniają realności zaoferowanej ceny.

Raz jeszcze należy podkreślić, że przepisy Pzp wymagają dla odrzucenia oferty, aby cena była nie tylko niska, ale w sposób nieodparcie narzucający takie wnioski - rażąco niska. Natomiast Fagus potwierdził, że przy wycenie ceny oferty wziął pod uwagę cały zakres zamówienia i dokonał rzetelnej kalkulacji ceny oraz przedstawił stosowne wyjaśnienia, czego Odwołujący nie był w stanie obiektywnie podważyć.

W. F.

Odnosząc się natomiast do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp to skład orzekający uznał go za niezasadny.

Izba ustaliła:

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, wykonawca ten w dniu 29 maja 2020r. złożył Zamawiającemu wyjaśnienia, w których wskazał, że elementami wpływającymi w kluczowy sposób na wysokość złożonej oferty są następujące czynniki:

- wieloletnie doświadczenie nabyte podczas realizacji zamówień związanych z ręcznym oczyszczaniem na terenie m.st. Warszawy co umożliwia dobre koordynowanie zespołem pracowników przewidzianych do realizacji zadań;

- posiadanie własnego sprzętu i urządzeń do realizacji przedmiotu zamówienia co skutkuje niższymi kosztami oraz brakiem konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych

 - z wynajmem sprzętu;

 - posiadanie własnych skrzyń do piasku, co minimalizuje koszty realizacji umowy;

 - podpisania umowa z Zarządem Zieleni m.st. Warszawy na „Całoroczną pielęgnację zieleni niskiej, utrzymanie czystości oraz konserwacja małej architektury na terenach zieleni położonych wzdłuż dróg krajowych, wojewódzkich i powiatowych na terenie m.st. Warszawy w latach 2019-2021”, umożliwia zminimalizowanie kosztów pracowniczych poprzez wykorzystanie pracowników w okresie zimowym do odśnieżania. W czasie opadów śniegu prace związane z realizacją ww. umowy wykonywane są w minimalnym zakresie. W związku z powyższym pracownicy będą przesuwani na ten okres do prac związanych z zimowym odśnieżaniem.

- powierzenie część zadań firmie podwykonawczej w zakresie realizowania zadań związanych z letnim i zimowym oczyszczeniem;

- posiadanie zapasu piasku do realizacji zamówienia. W związku z brakiem opadów śniegu w ubiegłym sezonie, zakupione ilości nie zostały wykorzystane.

Wykonawca W. F. wyjaśnił ponadto, że doświadczenie ubiegłorocznej zimy tj. braku opadów śniegu zmusza do szczegółowej analizy kosztów i szukanie rozwiązań umożliwiających prawidłową realizację umowy z jednoczesnym utrzymaniem pracowników przez cały sezon i wypracowaniem zysku. Zawarte umowy z innymi podmiotami m.in. z .Zarządem Zieleni m.st. Warszawy, Dzielnicą Ursynów m.st. Warszawy umożliwiają złożenie konkurencyjnej oferty w stosunku do innych Wykonawców, gdyż pracownicy realizujący zamówienia dla ww. jednostek będą przesuwani do realizacji prac związanych z zimowym utrzymaniem.

Wykonawca przedłożył kalkulację na część VI zamówienia:

Koszty robocizny 831 201,62 zł brutto

Koszty sprzętu 649 376,26 zł brutto

Koszty materiału, paliwo 519 501,01 zł brutto

Inne koszty tj. utylizacja zanieczyszczeń, opłaty, amortyzacja, koszty administracyjne
597 426,16 zł brutto

Całkowite koszty realizacji umowy: 2 597 505,05 zł brutto

Szacowany zysk na poziomie : 206 556,94 zł brutto

oraz na część VIII zamówienia:

Koszty robocizny 469 993,99 zł brutto

Koszty sprzętu 367 182,81 zł brutto

Koszty materiału 293 746,25 zł brutto

Inne koszty tj. utylizacja zanieczyszczeń , opłaty, amortyzacja , koszty administracyjne
337 808,18 zł brutto

Wykonawca oszacował zysk na poziomie 116 267,76 zł brutto.

Jednocześnie wykonawca W. F. oświadczył, że w cenie oferty zostało uwzględnione wykonanie wszystkich czynności związanych z realizacją umów oraz, że przedstawiona kalkulacja jest rzetelna, gdyż powstała w oparciu o kilkuletnie doświadczenie nabyte podczas realizacji podobnych zamówień w ubiegłych latach i również w bieżącym roku dla Zarządu Oczyszczania Miasta. Wyjaśnił, że aktualnie realizuje umowę nr ZOM/UM/57/19/LR-ZR-104W, która została zawarta w dniu 8 października 2019r. W jego ocenie powyższe potwierdza, że przedstawione ceny są cenami rynkowymi nie zawierającymi rażąco niskiej ceny.

Izba zważyła:

W ocenie składu orzekającego wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę W. F. były wystarczające do oceny, czy cena oferty nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia te zawierały część opisową, wskazującą na główne obszary, gdzie mogło dojść do redukcji kosztów, która jednocześnie nie zagraża należytemu wykonaniu przedmiotu zamówienia. W swoich wyjaśnieniach Wykonawca ten wskazał opisowo kilka elementów, które według niego miały wpływ na cenę oferty. Częścią wyjaśnień była również kalkulacja cenowa, z podziałem na koszty do poniesienia w ramach realizacji zamówienia w podziale na koszty robocizny, sprzętu, materiału, a także koszty związane z utylizacją odpadów, koszty administracyjne, jak również opłaty i amortyzacja. Wykonawca ten podał także wysokość szacowanego zysku związanego z realizacją zamówienia w obu częściach.

Uwzględniając więc treść wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w którym Zamawiający wskazał, że – „z uwagi, że ceny ofert dla części VI oraz części VIII zamówienia są niższe o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 Pzp, wzywa on do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty oddzielnie dla części VI i VIII zamówienia. W wyjaśnieniach prosimy o wskazanie czynników mających istotny wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Ponadto do wyjaśnień należy załączyć kalkulację ceny oferty dla tych części” – oraz fakt, że Zamawiający nie narzucił sposobu kalkulacji ceny oferty jak np. minimalną ilość roboczogodzin, ilość pracowników koniecznych do zatrudnienia, czas wykonywania pracy, to skład orzekający uznał, że Wykonawca W. F. miał prawo bazować na doświadczeniu własnym, a złożone wyjaśnienia zawierają wszystkie elementy o które został on wezwany przez Zamawiającego. Oceniając złożone wyjaśnienia w aspekcie, czy mamy w postępowaniu do czynienia ze zjawiskiem rażąco niskiej ceny, Izba pragnie podkreślić, że nie istnieje jeden wzorzec, czy schemat konstruowania wyjaśnień. Każdy z wykonawców przygotowując ofertę może zwrócić przy wycenie uwagę na inne aspekty zamówienia, każdy z wykonawców ma własne zasady polityki cenowej, funkcjonuje w innych realiach polityki cenowej własnej firmy, nie bez znaczenia jest wielkość danego przedsiębiorstwa, czy działa ono w skali makro, czy mikro. Nie ma jednego katalogu minimalnego, ani zakresu maksymalnego zagadnień, do którego powinien odwoływać się dany wykonawca sporządzając kalkulację ceny oferty. Wykonawca W. F. opisał jak na cenę jego oferty oddziałuje posiadane doświadczenie zawodowe przy realizacji obecnego zamówienia na rzecz Zamawiającego, wskazał na sposób zapewnienia odpowiedniej liczby pracowników, w tym możliwość ich przesunięcia jeżeli taka konieczność zaistnieje np. w związku z opadami śniegu. Zdaniem Izby opieranie się tego wykonawcy na zdobytym już wcześniejszym doświadczeniu zawodowym nie jest bez znaczenia dla wykazania realności kalkulacji ceny ofertowej. Zdaniem składu orzekającego wykonawca mający już doświadczenie w wykonaniu prac o tożsamym charakterze i przedmiocie do obecnie zamawianego, jest w stanie prawidłowo oszacować niezbędną ilość roboczogodzin, sprzętu, materiałów, zasób pracowniczy i innych, by zadanie zostało należycie wykonane, a dodatkowo uzyskane zamówienie pozwoliło takiemu wykonawcy wygenerować zysk. Skład orzekający Izby uważa że złożone wyjaśnienia nie mogą prowadzić do wniosku, że oferta cenowa tego wykonawcy przedstawiona w sposób nierzetelny, wyjaśnień tych nie można uznać za lakoniczne i gołosłowne, a w konsekwencji nie mogło dojść do odrzucenia oferty tego wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę. Zdaniem Izby złożone wyjaśnienia

były wystarczająco precyzyjne, wskazywały na obiektywne czynniki, które mogły wpłynąć na obniżenie ceny oferty, potwierdzały prawidłowość kalkulacji.

W konsekwencji skład orzekający stwierdził, że Wykonawca W. F. w udzielonych wyjaśnieniach wykazał Zamawiającemu, że jego cena ofertowa w zakresie części VI oraz VIII zamówienia jest realna, wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat, a Odwołujący złożonych wyjaśnień nie zdołał podważyć.

A. O.

Odnosząc się natomiast do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp to skład orzekający uznał go za niezasadny.

Izba ustaliła:

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, wykonawca A. O. w dniu 29 maja 2020r. złożyła wyjaśnienia, w których wskazała, że do kalkulacji przyjęto zatrudnienie 40 osób pracowników fizycznych do realizacji zamówienia oraz 2 osób nadzór (brygadzysta -pracownik), 1 kierowca do zbierania i transportu odpadów, rozwożenia skrzyń i uzupełniania mieszanki piaskowo – solnej oraz innych prac pomocniczych. W miesiącu listopad 2020 i marzec 2021 pracownicy będą pracować również przy innych zleceniach. Dlatego koszty pracy w tym okresie związane z realizacją ewentualnej umowy będą niższe. Wynagrodzenie 40 pracowników fizycznych brutto z narzutami pracodawcy i urlopem zostało skalkulowane w wysokości 689 260,00 zł z uwzględnieniem stawki minimalnej za wynagrodzenie za pracę. Ponadto wykonawca przewidział w kalkulacji wynagrodzenie kierowcy brutto z narzutami pracodawcy i urlopem w kwocie 26 510,00 zł. Wynagrodzenie nadzoru pracującego (2 osoby), brutto z narzutami pracodawcy i urlopem to koszt 59 647,50zł. Razem koszty wynagrodzenie ze świadczeniem urlopowym zostały przez wykonawcę A. O. skalkulowane w wysokości 775 417,50 zł (koszty okresu zimowego 01.11.2020 – 30.03.2021 r).

Koszty zakupu materiałów i narzędzi (okres zimowy):

1. Zakup soli na mieszankę piaskowo- solną 50ton x 250,00zł/ tona = 12 500,00zł,
2. Zakup piasku do mieszanki - 11 000,00zł,
3. Zgarniaczka do śniegu 42 szt. x 30,00zł x 5m-cy = 6 300,00zł,
4. Szufla na zmiotki 42szt x 25,00zł = 1 050,00zł,

5. Ubrania robocze i kamizelki odblaskowe 42szt x 150 = 6 300,00zł (oferta Firmy STARION)

6. Miotła do zamiatania 42szt 35,00zł x 5m-cy = 7 350,00zł,

7. Zakup 2 pojazdów do 3,5 tony do transportu pracowników i wywozu urobku, skrzyń i mieszanki 2szt x 50 000,00zł = 100 000,00zł (amortyzacja w okresie zimowym – 8 333,33zł),

8. Zakup skrzyń na mieszankę – piaskowo solną w ilości 486szt (oferta internetowa firmy ECOMARKET PPM70L) 486szt x 113,01zł = 54 922,86zł.

Wykonawca wyjaśnił, że planuje użytkowanie tych skrzyń przez okres 5 lat – koszt roczny 10 984,57zł, a łączna kwota na zakup materiałów i narzędzi – 57 410,23zł.

Ponadto w kalkulacji wskazano na koszty związane z:

- wynajmem ciągników - 98 625,00zł.
- zakupu paliwa do ciągników i samochodów 15 090,00zł
- utylizacją zebranych odpadów o kodzie 20 03 03 - 65 000,00zł
- utrzymaniem bazy sprzętowej - 2 500,00zł,
- zakupem polisy i ubezpieczenia – 28 701,16zł
- Koszty ogólne (administracja, usługi obce, serwis, naprawy, itd.) - 135 556,71zł

Podsumowując powyższe, wykonawca wskazał, że przewidywane koszty okresu zimowego 1 178 300,60zł

Wykonawca przedstawił również kalkulację w zakresie kosztów okresu letniego:

I. Zatrudnienie pracowników fizycznych:

Wykonawca wyjaśnił, że ponieważ w okresie letnim pracownicy pracują tylko w dni sprzątnięcia to obliczono koszty zatrudnienia w przeliczeniu na 1 roboczogodzinę pracy przy sprzątnięciu 5000,00m² w ciągu 8rbg. Ilość m² sprzątnięcia w okresie 01.10.2020 – 31.10.2020, 01.04.2021 – 30.09.2021 to 13640876 m². Ilość rbg pracownika potrzebna do sprzątnięcia tej powierzchni to: 13 640 876m² : 5000m² x 8rbg = 21 825,40rbg.

A więc:

- koszt pracy pracowników fizycznych kształtuje się w wysokości 447 748,11zł.
- koszty pracy nadzoru = 75 930,40zł,
- koszty pracy kierowcy do prac pomocniczych - 37 114,00zł.

Razem koszty pracy 560 792,51zł.

II. Zakup materiałów i narzędzi (dla 18 pracowników):

1. Zakup szufli na zamiatania zmiotek - 450,00zł
2. Zakup mioteł - 4 410,00zł
3. Ubrania robocze i kamizelki 1szt na sezon - 2 700,00 zł

4. Worki na zanieczyszczenia - 7 000,00zł
Razem koszty materiałów i narzędzi 14 560,00zł
III. Koszty zakupu paliwa do samochodów - 67 308,80,00zł,
IV. Utylizacja odpadów 20 03 03 - 109 200,00zł,
V. Amortyzacja 2 pojazdów do 3,5 tony (20% roczna amortyzacja), skrzyń - 18 074,33zł
VI. Koszty finansowe (polisy, gwarancje) - 40 185,84zł
VII. Koszty utrzymania bazy – czynsz 1 750,00zł.

Podsumowując, wykonawca A. O. wskazała, w kalkulacji uwzględnione zostały również koszty ogólne (usługi obce, naprawy, księgowość, itp.) w kwocie 105 543,29zł, a więc koszt okresu letniego to 917 414,78zł.

Wykonawca wyjaśnił, że razem przewidywany koszt realizacji zamówienia wynosi z podatkiem VAT – 2 263 372,61zł, a ogólna wartość dochodu brutto z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej (opodatkowana stawką 19%) z tytułu realizacji zlecenia wynosi - 930 627,39zł.

Wskazał także, że czynniki mające istotny wpływ na wysokość zaoferowanej ceny dla rejonu VI. Przedstawiona kalkulacja kosztów dla rejonu VI pozostaje w bezpośrednim związku z lokalizacją bazy na terenie m.st. Warszawy. Niskie koszty stałe z tytułu prowadzenia jednoosobowej działalności gospodarczej od 2012 r. powoduje iż firma jest konkurencyjna na rynku usług komunalnych, ponadto bezpośredni nadzór właścicielski powoduje iż ograniczone są koszty nadzoru bezpośredniego nad wykonywanym zleceniem.

Izba zważyła:

Uwzględniając powyższe wyjaśnienia skład orzekający stwierdził, że Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę. Złożone wyjaśnienia były kompleksowe, pozwalały przeanalizować wszelkie założenia poczynione przy kalkulacji ceny oferty, w tym liczbę osób koniecznych do zatrudnienia, konieczność zakupu odzieży i materiałów dla pracowników, użycia sprzętu i środków chemicznych, utylizacja odpadów. Skład orzekający Izby stwierdził więc, że złożone wyjaśnienia nie mogą prowadzić do wniosku, że oferta cenowa tego wykonawcy przedstawiona została w sposób nierzetelny, wyjaśnień tych nie można uznać za lakoniczne i gołosłowne, a w konsekwencji nie mogło dojść do odrzucenia oferty tego wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę. Zdaniem Izby złożone wyjaśnienia były wystarczająco precyzyjne, wskazywały na obiektywne czynniki, które mogły wpłynąć na obniżenie ceny oferty i potwierdzały prawidłowość kalkulacji. W konsekwencji skład orzekający stwierdził, że wykonawca w udzielonych wyjaśnieniach wykazał Zamawiającemu, że jego cena ofertowa w zakresie

części VI zamówienia jest realna, wiarygodna, oraz, że wykonawca w z tytułu realizacji zamówienia jest w stanie wypracować zysk. W związku z powyższym skład orzekający zarzut Odwołującego uznał za niezasadny, bowiem Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił złożone przez wykonawcę A. O. wyjaśnienia, a więc nie naruszył przepisu art. 90 ust. 3 Pzp.

Konsorcjum ART.

Odnosząc się natomiast do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp to skład orzekający uznał go za niezasadny.

Izba ustaliła:

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, Konsorcjum Art. w dniu 28 maja 2020r. wyjaśniło, że „w toku prowadzonej w dniu 21 maja br. aukcji elektronicznej zaoferował kwotę 3 210 000,00 zł brutto. Kwota ta została wyliczona na podstawie poniższych założeń:

1. Do wykonywania prac określonych w ramach zadania VI zatrudnionych zostanie: 2 kierowników, 2 brygadzystów, oraz 26 pracowników liniowych, miesięczny koszt zatrudnienia wyżej wymienionych osób wyniesie 156 044,31 zł brutto, natomiast za cały okres obowiązywania umowy 1 872 531,72 zł brutto;
2. Koszt ubioru pracowników skierowanych do realizacji zamówienia w skali miesiąca wyniesie 1 614,16 zł brutto, natomiast za cały okres realizacji zamówienia 19 369,92 zł brutto;
3. Koszt wyposażenia pracowników w niezbędne narzędzia do wykonywania prac przewidzianych w zamówieniu wyniesie w skali miesiąca 4 866,52 zł brutto, natomiast za cały okres obowiązywania kontraktu 58 398,24 zł brutto;
4. Zakup środków chemicznych do wykonania prac (piasek, sól) w skali miesiąca wyniesie 8 450,00 zł brutto, natomiast przez cały okres obowiązywania kontraktu 101 400,00 zł brutto;
5. Do realizacji kontraktu przewidziano 5 samochodów, z których każdy w skali miesiąca przejedzie średnio 3 000 km, dlatego też miesięczny koszt transportu wyniesie 13 950 zł brutto, natomiast za cały okres obowiązywania kontraktu 167 400,00 zł brutto;
6. Utylizacja odpadów zebranych w trakcie wykonywania prac wyniesie w skali miesiąca 24 000,00 zł brutto, natomiast za cały okres obowiązywania kontraktu 288 000,00 zł brutto.

Sygn. akt KIO 1502/20, KIO 1514/20, KIO 1534/20

Koszty wskazane w punktach 1 – 6 dają łączną wartość 208 925,50 zł brutto miesięcznie, oraz 2 507 106,00 zł brutto za cały kontrakt. Koszty te zostały ujęte w poniższej tabeli:

Lp.		Miesięczny koszt	Roczny koszt
1.	Pracownicy - koszt	156 044,31 zł	1 872 531,72 zł
2.	Koszt odpadów	24 000,00 zł	288 000,00 zł
3.	Koszt narzędzi, wyposażenia	4 866,52 zł	58 398,24 zł
4.	Ubiór	1 614,17 zł	19 370,00 zł
5.	Koszty transportu	13 950,00 zł	167 400,00 zł
6.	Środki chemiczne	8 450,00 zł	101 400,00 zł
Razem koszty		208 925,00 zł	2 507 099,96 zł

Marża przewidziana przez konsorcjum kształtuje się na poziomie 58 575,00 zł brutto w skali miesiąca, natomiast za cały okres trwania kontraktu na poziomie 702 900,00 zł brutto.

Tabela zamieszczona poniżej przedstawia koszty razem z marżą Wykonawcy.

Lp.		Miesięczny koszt	Roczny koszt
1.	Pracownicy - koszt	156 044,31 zł	1 872 531,72 zł
2.	Koszt odpadów	24 000,00 zł	288 000,00 zł
3.	Koszt narzędzi, wyposażenia	4 866,52 zł	58 398,24 zł
4.	Ubiór	1 614,17 zł	19 370,00 zł
5.	Koszty transportu	13 950,00 zł	167 400,00 zł
6.	Środki chemiczne	8 450,00 zł	101 400,00 zł
Razem koszty		208 925,00 zł	2 507 099,96 zł
Marża		58 575,00 zł	702 900,00 zł
Razem		267 500,00 zł	3 210 000,00 zł

Przedstawione w tabeli wartości dają łączną kwotę 3 210 000,00 zł brutto, co odpowiada kwocie złożonej przez Konsorcjum w trakcie trwania aukcji elektronicznej.

Izba zważyła:

Odnosząc się do wyjaśnień Konsorcjum Art złożonych na wezwanie Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny jego oferty, skład orzekający stwierdził, że złożone wyjaśnienia zawierają wszelkie niezbędne elementy kalkulacji umożliwiające Zamawiającemu ocenę ich pod kątem możliwości realizacji zadania i ustalenia realności zaoferowanej przez niego ceny. Skład orzekający odnosząc się do twierdzeń Odwołującego dotyczących wskazanej w wyjaśnieniach liczby pracowników niezbędnych do wykonania prac oczyszczania miasta, wskazuje, że Zamawiający nie narzucił wykonawcom ani niezbędnej liczby pracowników, ani minimalnej ilości roboczogodzin, a więc to od wykonawcy zależało w jaki sposób zorganizuje pracę aby zrealizować wymagania Zamawiającego wynikające z dokumentacji postępowania. Izba podziela stanowisko Zamawiającego prezentowane na rozprawie, że jedni z wykonawców mogli założyć, że do wykonania zadania będą potrzebowali większej liczby pracowników przy założeniu, że ich czas efektywnej pracy będzie kształtował się na poziomie ok. 4 roboczogodzin, inni natomiast mogli założyć zatrudnienie mniejszej liczby pracowników i wykonywanie przez nich pracy przez więcej godzin na dobę. Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący³ nie wykazał, że we wskazanej przez Konsorcjum Art wycenie kosztów zatrudnienia wykonawca ten nie uwzględnił dodatków za pracę w nocy czy też ewentualnego wzrostu wynagrodzenia. Na tę okoliczność nie przedłożono żadnego dowodu.

Izba w składzie orzekającym uznała, że Odwołujący³ nie zdołał wykazać, że skalkulowana przez Konsorcjum Art kwota na pokrycie wydatków związanych z wyposażeniem pracowników w niezbędny sprzęt jest za niska. W opinii Izby nawet jeżeli przyjąć, że każdy pracownik będzie co miesiąc wymagał wyposażenia w nowy sprzęt jak worki, zmiotki czy szufle, to kwota 162 zł na jednego pracownika na miesiąc jest realna. Odwołujący³ na tę okoliczność nie przedłożył żadnego dowodu, natomiast wydruki ze stron internetowych Allegro dotyczące cen materiałów w opinii Izby są nieadekwatne, bowiem trudno przyjąć że profesjonalni przedsiębiorcy zakupują pojedyncze materiały za pośrednictwem tego serwisu, nie zaś większą ilość w korzystniejszych cenach.

Ponadto w związku z głośnym twierdzeniem Odwołującego dotyczących kosztów transportu, nie popartych żadnymi dowodami, Izba w składzie orzekającym stwierdziła, że Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny wyjaśnień wykonawcy w tym zakresie. Odwołujący³ kwestionował wskazaną w wyjaśnieniach miesięczną długość trasy, która została przez wykonawcę skalkulowana przy wycenie oferty, jednakże nie przedstawił żadnego dowodu, że założenia te są nierealne czy też niezgodne z rzeczywistością. W konsekwencji skład orzekający uznał, że twierdzenia Odwołującego tak naprawdę stanowią jedynie polemikę z wyjaśnieniami złożonymi przez Konsorcjum Art.

Podsumowując, Izba w składzie orzekającym uznała, że Odwołujący nie zdołał podważyć prawidłowości oceny Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Art w zakresie rażąco niskiej ceny, a więc zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust. 2 i 3 Pzp Izba uznała za bezzasadny. Przede wszystkim podkreślić należy, że Odwołujący nie wykazał, że za zaoferowaną cenę wykonawca ten nie byłby w stanie zrealizować zamówienia. W konsekwencji odwołanie podlegało w tym zakresie oddaleniu.

Konsorcjum POLSUPER

Izba w składzie orzekającym za niezasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 8 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Skład orzekający analizując treść uzasadnienia zasadności objęcia informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny uznał, że Konsorcjum POLSUPER wskazał na wszystkie elementy wymagane dla stwierdzenia, że zastrzeżone informacje posiadają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa, jakie określa art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Wykonawca ten wykazał w sposób niebudzący wątpliwości, że informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny posiadają dla niego wartość gospodarczą, bowiem obrazują sposób kalkulacji ceny (zawierają stawki, operują konkretnymi danymi, dowodami i dokumentami zawierającymi informacje o posiadanym konkretnym sprzęcie, imionach i nazwiskach pracowników i posiadanych przez nich kwalifikacji, miejscu pozyskania materiałów oraz ich cenie i planowanej ilości ich wykorzystania na potrzeby tego konkretnego zamówienia, wskazują zysk, stawki wynagrodzeń pracowników), co jest enumeratywnym elementem budowania strategii cenowej w ofercie. Ten wypracowany sposób wyceny stanowi istotną dla wykonawcy wartość gospodarczą, albowiem pozwala mu na utrzymywanie jego przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami, działającymi w tej samej branży. Kalkulacja ceny ofertowej obrazuje sposób działania wykonawcy, organizację pracy i stosowane metody oraz sposób kalkulacji, który po pierwsze pozwalał na zaoferowanie ceny najkorzystniejszej, a po drugie pozwala na prawidłowe zrealizowanie zamówienia za zaoferowane wynagrodzenie i osiągnięcie zysku, stanowiąc podstawy rentowności przedsiębiorstwa.

Ponadto podkreślić należy, że wykonawca ten wykazał także, że informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a także że podjął w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności, na co zostały przedłożone stosowne dowody w postaci przykładowych umów z pracownikiem o zachowaniu poufności oraz uchwały zarządu w sprawie wprowadzenia polityki bezpieczeństwa. Podkreślił także, że ujawnienie zastrzeżonych wyjaśnień obejmujących

zestawienie szczegółowe wszystkich elementów cenotwórczych, kosztorys szczegółowy, ceny jednostkowe, a także poczynione założenia może narazić go na szkodę zarówno majątkową. Wykonawca wskazał, że informacje na temat sposobu kalkulowania cen (zestawienia elementów cenotwórczych) oraz faktury nie są dostępne w sposób, który umożliwiłby innym podmiotom zapoznanie się z nimi na zwykłej i dozwolonej drodze. Wykonawca nie udostępnia i nie przekazuje tych informacji do powszechnych źródeł komunikacji: Internet, prasa, w tym prasa fachowa etc., co potwierdza, że te informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Oczywistym jest, iż w przypadku uzyskania wiedzy o metodologii wyliczenia ceny zawartej w samych wyjaśnieniach wyjaśnień rażąco niskiej ceny jak i w szczegółowych zestawieniach elementów cenotwórczych przez konkurencję szkoda Konsorcjum byłaby znaczna. Ujawnienie metodologii wyceny przedstawi konkurencji wszelkie czynniki cenotwórcze, jakie zastosowało Konsorcjum przy obliczeniu ceny zamówienia – każde zamówienie jest inne, do każdego zamówienia Konsorcjum dobiera czynniki cenotwórcze przypisując im konkretny udział procentowy w cenie, dany wykonawca w wycenie tego samego zamówienia wykazać może inne czynniki cenotwórcze niż Konsorcjum – dlatego też zarówno te czynniki, a nie tylko ich udział procentowy podlegają ochronie i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum. Zauważyć należy, że to na Odwołującym, który faktycznie nie ma możliwości zapoznania się z treścią zastrzeżonych przez Konsorcjum POLSUPER dokumentów, spoczywałby obowiązek dowodowy na okoliczność bezskuteczności zastrzeżeń przynajmniej w zakresie wykazania, że informacje tego typu jak zawarte w wyjaśnieniach, zostały podane do ogólnej wiadomości i są publicznie dostępne, a podmioty trzecie mogą legalnie wejść w ich posiadanie, np. przez zapoznanie się z zawartością stron internetowych Przystępującego. Odwołujący takiego dowodu nie złożył, co świadczy, że wykonawca ten podjął działania organizacyjne, które zapewniły mu utrzymanie ww. informacji w tajemnicy. Elementem takich działań jest samo skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w trybie art. 8 ust. 3 Pzp.

W konsekwencji skład orzekający stwierdził, że informacje zastrzeżone przez Konsorcjum POLSUPER stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy, bowiem spełniają łącznie wszystkie przesłanki art. 11 ust 2 u.z.n.k. Tym samym Izba uznała zarzut Odwołującego dotyczący zaniechania odtajnienia powyższego dokumentu za niezasadny.

Odnosząc się natomiast do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp to skład orzekający uznał go za niezasadny.

Izba w składzie orzekającym stwierdziła, że Zamawiający, na podstawie złożonych wyjaśnień, miał prawo uznać, że wyjaśnienia Konsorcjum POLSUPER uzasadniają realność zaoferowanej przez niego ceny. Wykonawca ten podał okoliczności które umożliwiły mu zaoferowanie ceny oferty na poziomie uzyskanym w wyniku aukcji elektronicznej, takich jak fakt, że:

- są przedsiębiorstwami zajmującymi się i specjalizującymi m. in. w wykonywaniu prac związanych z utrzymaniem czystości. Usługi te wykonujemy w chwili obecnej w kilkunastu dzielnicach m. st. Warszawy oraz miejscowościach ościennych. W związku z tym posiadamy bardzo dobrą znajomość specyfiki przedmiotu zamówienia,

- położenie bazy magazynowo-sprzętowej, co pozwala nam na optymalizację kosztów dojazdu i transportu,

- posiadanie własnego, profesjonalnego sprzętu do wykonywania tego typu prac, jak również pojazdów i maszyn, które są zamortyzowane, a mogą być używane do tego zamówienia.

- wykwalifikowani pracownicy, co wpływa na efektywność w działaniu i jednocześnie minimalizowanie ryzyka kar umownych. Wskazał, że pracownicy będą wykonywali inne prace na tym terenie, co pozwala nam na ograniczenie kosztów np. ubrań roboczych, czy rękawiczek oraz drobnych narzędzi, a te koszty nie będą obciążeniem przy budżetowaniu w tym zadaniu.

- opracowane wewnętrzne normy zakładowe (tzw. „zadaniówki” i „trasówki”).

Do tych ogólnych założeń, wykonawca POLSUPER przedłożył szczegółową kalkulację, która została objęta przez tego niego tajemnicą przedsiębiorstwa i która zawiera dokładne wyliczenie kosztów związanych z realizacją niniejszego zamówienia, w tym kosztów pracowniczych w których wskazano przyjętą stawkę za roboczogodzinę (wyższą od minimalnej), ilość metrów przewidzianych do posprzątania przez pracownika w konkretnym (realnym) czasie. Wykonawca ten wycenił również koszty związane z pracą sprzętu jak również koszty utylizacji materiałów.

Uwzględniając złożone wyjaśnienia w tym załączone kalkulacje obejmujące wszystkie wymagane przez Zamawiającego założenia i warianty, skład orzekający stwierdził, że Zamawiający dokonał prawidłowego badania i analizy wyjaśnień, które doprowadziły go do stwierdzenia, że zaoferowana przez Konsorcjum POLSUPER cena oferty jest realna. Zamawiający prawidłowo uznał, że wyjaśnienia złożone przez były przekonujące, a jednocześnie brak było podstaw, aby wykazać faktycznie, w sposób obiektywny, że cena wskazana przez tego wykonawcę była rażąco niska, w szczególności, gdy co już wyżej wskazano Zamawiający zdołał na rozprawie wykazać, że kalkulacje Remondis są

nierzetelne, zawierają błędy przyjęte do jej sporządzenia, a także wykazał na przeszacowanie przez Odwołującego w swojej kalkulacji kosztów związanych z pracą ludzi jak i pracą sprzętu. Zamawiający zdołał wykazać, że przyjęcie wiarygodnych stawek, w tym wynikających z obowiązujących przepisów prawa powoduje znaczne różnice w cenie wskazywanej przez Odwołującego do ceny zaoferowanej przez Konsorcjum POLSUPER i w konsekwencji różnice te uzasadniają realności zaoferowanej ceny.

Raz jeszcze należy podkreślić, że przepisy Pzp wymagają dla odrzucenia oferty, aby cena była nie tylko niska, ale w sposób nieodparcie narzucający takie wnioski - rażąco niska. Natomiast w odniesieniu do oferty Konsorcjum POLSUPER Odwołujący nie był w stanie obiektywnie podważyć realności zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny.

KONSORCJUM PUW

Izba ustaliła:

Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 Pzp Konsorcjum PUW w dniu 29 maja 2020r. złożyło wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, w których wyjaśniło, że „Wycenę oferty oparto na wieloletnim doświadczeniu w wykonywaniu analogicznych usług na terenie całego kraju. Dla przejrzystości obliczeń przedstawiliśmy koszty w skali jednego miesiąca, z podziałem na poszczególne okresy, zgodnie z podziałem Zamawiającego. Stosując przez lata wypracowane normy sprzątania powierzchni utwardzonych, z których wynika, że jeden pracownik sprząta teren o powierzchni ok. 15 000 do 20 000 m² w ciągu jednego dnia pracy. Z ostrożności by nie popełnić błędu i z uwagi na nocny charakter pracy oraz czas na przejazd pomiędzy terenami do obliczeń przyjęliśmy normę 10 000 m² na jeden dzień pracy pracownika. W każdym okresie, określonym przez Zamawiającego, obliczyliśmy codzienną średnią powierzchnię przeznaczoną do sprzątania uwzględniającą poza stałymi rejonami do obsługi, również powierzchnie sprzątane doraźnie i interwencyjnie. W obliczeniach wzięliśmy pod uwagę częstotliwości sprzątania w tygodniu przeliczając na dzień pracy. I tak otrzymaliśmy odpowiednie powierzchnie na których będzie świadczona usługa w poszczególnych okresach:

1.10.20 r. do 31.10.20 r. – 42.382,75 m²

1.11.20 r. do 30.11.20 r. – 48.604,42 m²

1.12.20 r. do 31.03.21 r. – 50.213,95 m²

1.04.21 do 30.09.21 r. – 38.385,93 m²

Na podstawie powyższych obliczeń i zastosowanych norm, określiliśmy zapotrzebowanie na pracowników różne w okresach 1.10.20 r. do 31.10.20 r.; 1.11.20 r. do

30.11.20 r.; 1.12.20 r. do 31.03.21 r oraz 1.04.21 do 30.09.21 r. Z uwagi na różne częstotliwości wykonywanych czynności sprzątnia oraz różne lokalizacje w pierwszym okresie 1.10.20 r. do 31.10.20 r przewidzieliśmy zatrudnienie pracowników fizycznych, kierowców oraz koordynatora w różnych (stosownie do zapotrzebowania) wymiarach czasu pracy. Na wynagrodzenia zabezpieczyliśmy kwotę 34.583,16 zł.

Kolejny okres 1.11.20 r. do 30.11.20 obejmuje już możliwość wystąpienia opadów śniegu więc zabezpieczyliśmy na ten czas wynagrodzenie dodatkowych ludzi do obsługi sprzętu z dodatkowym wyposażeniem (lemieszki do odgarniania śniegu, szczotki oraz rozrzutniki kruszywa). Kwota jaką przeznaczamy to: 42.646,20 zł.

Na okres zimowy tj. 1.12.20 r. do 31.03.21 r. założyliśmy zatrudnienie zwiększone o kolejnych pracowników, stanowiących zabezpieczenie na wypadek obfitych opadów śniegu oraz konieczności jednorazowo odśnieżania powierzchni do 93.101 m². Tym razem wartość kosztów zatrudnienia zamyka się kwotą: 56.552,28 zł miesięcznie, czyli za 4 miesiące 226.209,12 zł

Kolejny okres letni 1.04.'21 do 30.09.'21 r. zatrudnienie przewidujemy na poziomie podobnym jak w okresie października 2020 r. czyli 34.583,16 zł miesięcznie, czyli 207.498,96 zł za 6 miesięcy.

Ogółem 510.937,44 za cały okres umowy.

Przewidziane dodatki nocne 20% od całości zatrudnienia $20\% * 510.937,44 \text{ zł} = 102.187,49 \text{ zł}$

W skali całej umowy koszt zatrudnienia wyniesie - 613.124,93 zł

Przewidzieliśmy również premiowanie motywacyjne dla pracowników, na tą okoliczność zabezpieczyliśmy wartość równą 20% całości wynagrodzenia $20\% * 574.297 \text{ zł} = 122.624,99 \text{ zł}$.

Ogółem na wynagrodzenia zabezpieczyliśmy wartość - 735.749,91 zł.

Poniżej przedstawiamy pozostałe koszty które uwzględniliśmy w kalkulacji celem realizacji usługi z należytą starannością.

• ew. podwyżki w przypadku wzrostu min. Płacy (obecnie niemożliwe do przewidzenia, przyjęto 10% kosztów zatrudnienia od 1.01.2021 do 30.09.2021) - 55.181,24 zł .

• Zakup skrzyń na piasek i sól o pojemności pow. 70 l. - 81.000 zł

• Zakup piasku i soli – 14.000 zł

• Koszt eksploatacji zamortyzowanych pojazdów (paliwo, serwis itp.) $12 * 4.000 \text{ zł} = 48.000 \text{ zł}$

• Uzupelnienie wyeksploatowanego drobnego sprzętu - 10.000 zł,

Sygn. akt KIO 1502/20, KIO 1514/20, KIO 1534/20

- Zakup odśnieżarki typu LIMPAR 82 -1 szt. - 8.500 zł
- Eksploatacja (paliwo, serwis, itp.) zamortyzowanego sprzętu do odśnieżania przez 5 m-cy -25.000 zł
- Ubrania dla pracowników - 1.500 zł
- Wywóz i utylizacja odpadów (trudny do przewidzenia koszt utylizacji na dzień dzisiejszy, oraz waga jednostkowa odpadów – przyjęto 300 zł za m³) 1.200 m³ *300 zł - 360.000 zł
- Badania lekarskie, szkolenia itp. - 3.000 zł
- Ew. wywóz śniegu 50 m³ * 40 zł - 2.000 zł
- Baza (opłaty związane z utrzymaniem pomieszczeń na cele socjalne i garażowe) - 36.000 zł
- Koszty ogólnozakładowe (koszt zarządu, kadry, księgowość, ubezpieczenia itp.) - 12.000 zł
- Inne koszty mogące mieć miejsce np. związane z nowymi uregulowaniami ustawowymi związanymi ze znacznym wzrostem wynagrodzeń, znacznym wzrostem kosztów utylizacji odpadów, paliw itp. Ponadto inne koszty niemożliwe lub trudne do przewidzenia w dniu składania oferty -18.000 zł.

Podsumowując całkowity koszt realizacji usługi zamknęliśmy wartością: 1.409.931,16 zł. Wartość oferty netto natomiast równa jest: 1.469445,17 zł. Wartość podatku 19% z różnicy wartości oferty i całkowitych kosztów wynosi: 11.307,66 zł.

Z powyższych danych otrzymujemy zysk netto równy: 48.206,35 zł, tj. w skali miesiąca: 4.017,20 zł.

Niniejszym wykazaliśmy, że jesteśmy w stanie zrealizować usługę z należytą starannością i z zachowaniem ostrożności w kalkulacji (pomniejszając normy pracy) za zaproponowaną wartość oferty i osiągnąć zysk na poziomie 3%. Pomijając powyższe wyjaśnienie należy zaznaczyć, że podobne ceny w trakcie aukcji zaoferowało sześć firm, które obecnie realizują tożsame usługi na terenie miasta Warszawy. Aktualnie obowiązujące ceny rynkowe na sprzątnięcie powierzchni zewnętrznych mieszczą się w granicach 0,25 zł do 0,45 zł za 1m², nasze ceny jednostkowe przeliczone na codzienne sprzątnięcie (21 dni w miesiącu) kształtują się na poziomie 0,39 zł do 2,08 zł /1m². Tym samym nasza oferta pozwala wykonawcy na wykonanie zamówienia, pokrywając wszystkie koszty realizacji usługi i osiągnąć zysk. W związku z powyższym nie nosi znamion oferty z rażąco niską ceną.”

Izba zważyła:

Odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P. Izba uznała, że Zamawiający oceniając treść wyjaśnień Konsorcjum PUW dopuścił się naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę.

W opinii składu orzekającego nierealność założeń zawartych w wyjaśnieniach Konsorcjum PUW wynikała przede wszystkim w planowanej do zatrudnienia liczby osób, co tym samym przekładało się na ilość m² oczyszczanej powierzchni przeznaczonych na każdego z nich. Według Izby wykonawca ten nie uwzględnił w kalkulacji zmiany warunków atmosferycznych jak np. opady śniegu i ich wpływu na wydajność pracownika, a tym samym nie przewidział konieczności wzrostu zatrudnienia. Zdaniem składu orzekającego również nierealne, a więc potwierdzające niedoszacowanie oferty, były założenia Konsorcjum PUW dotyczące konieczności przeznaczenia określonej kwoty na odzież dla pracowników. Zdaniem składu orzekającego kwota 1500 zł przeznaczona na ten cel dla wszystkich zatrudnionych osób w całym okresie obowiązywania umowy jest znacząco zaniżona. Tym samym skład orzekający stwierdził, że Zamawiający oceniając pozytywnie wyjaśnienia tego wykonawcy naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

W kwestii kosztów postępowania Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 192 ust. 9 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.

W sprawach o sygn. akt KIO 1502/20 oraz KIO 1514/20 Izba orzekła o kosztach stosownie do wyniku postępowania, tj. zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972; dalej: „Rozporządzenie”) zasądziła na rzecz Zamawiającego od Odwołujących po 3600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Izba nie zaliczyła w sprawie KIO 1502/20 wynagrodzenia pełnomocnika Przystępującego FBService z uwagi na fakt, że nie podlegały one zasądzeniu na jego rzecz, pomimo korzystnego dla niego wyniku postępowania odwoławczego. Z przepisów Rozporządzenia wynika bowiem, że zasądzenie na rzecz Przystępującego kosztów

wynagrodzenia pełnomocnika możliwe byłoby tylko w sytuacji oddalenia odwołania rozpoznanego w wyniku wniesienia przezeń sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu (argument z § 5 ust. 3 pkt 2 Rozporządzenia), a taka sytuacja nie miała miejsca w niniejszej sprawie.

Natomiast w sprawie o sygn. akt: KIO 1534/20 Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 1/8 (w zakresie Konsorcjum PUW, tj. jednego z ośmiu wykonawców kwestionowanych w oby częściach zamówienia przez Remondis) i bezzasadne w pozostałej części 7/8. Kosztami postępowania obciążono zatem Zamawiającego w części 1/8 oraz Odwołującego w części 7/8. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izba w kwocie 3 600 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł (łącznie 22 200 zł). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600 zł tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 19 425 zł (22 200 zł x 7/8). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 2 775 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Wskazać w tym miejscu należy, że Izba podziela pogląd ugruntowany w orzecznictwie sądów powszechnych, jak i w orzecznictwie Izby, iż w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek (por. m.in. postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 830/18, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 630/18, wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 525/18, KIO 526/18, wyrok KIO z dnia 5 października 2018 r., sygn. akt KIO 1894/18).

Przewodniczący:.....